

**APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS LABORALES
INDIVIDUALES Y COLECTIVOS DE LOS INMIGRANTES
IRREGULARES EN EL DERECHO ESPAÑOL**



AUTOR: FRANCISCO JAVIER IZQUIERDO CARBONERO. Letrado AJ. MALAGA

Editado por Servicios Académicos Intercontinentales para eumed.net

ISBN: 978-84-17211-93-6

Derechos de autor protegidos. Solo se permite la impresión y copia de este texto para uso Personal y/o Académico.

Este libro puede obtenerse gratis solamente desde

<http://www.eumed.net>

Cualquier otra copia de este texto en Internet es ilegal

ÍNDICE

I. PRÓLOGO.	Pág.
II. CAPÍTULO I. LA INMIGRACIÓN Y EL DERECHO AL TRABAJO. DERECHO COMPARADO Y ESPAÑOL.	
- INTRODUCCIÓN.	Pág.
- LEGISLACIÓN COMPARADA.	Pág.
A) TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES GENERALES.	Pág.
B) TRATADOS Y NORMATIVA EUROPEA.	Pág.
- LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.	Pág.
- BREVE COMENTARIO A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.	Pág.
III. CAPÍTULO II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS INMIGRANTES. LOS DERECHOS LABORALES. LA IGUALDAD DE TRATO.	
- DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS EXTRANJEROS.	Pág.
- ESPECIAL REFERENCIA A LOS DERECHOS LABORALES.	Pág.
- LA IGUALDAD DE TRATO.	Pág.
IV. CAPÍTULO III. DERECHOS LABORALES INDIVIDUALES DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES (I). ESTUDIO DE CONJUNTO.	
- LA LEY ORGÁNICA 7/1985.	Pág.
- EL REAL DECRETO 155/1996.	Pág.
- LA LEY ORGÁNICA 4/2000, REFORMADO POR LA LEY ORGÁNICA 8/2000 Y 14/2003.	Pág.
V. CAPÍTULO IV. DERECHOS LABORALES INDIVIDUALES DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES (II). LAS NUEVAS MODALIDADES DE LA CONTRATACIÓN.	
- EL CONTRATO DE TRABAJO.	Pág.

- MODALIDADES DE LA CONTRATACIÓN	Pág.
A) CUENTA AJENA.	Pág.
B) CUENTA PROPIA.	Pág.

VI. CAPÍTULO V. LOS DERECHOS LABORALES INDIVIDUALES DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES (III). LA SEGURIDAD SOCIAL

- MODALIDAD CONTRIBUTIVA.	Pág.
- MODALIDAD NO CONTRIBUTIVA.	Pág.
- PRESTACIÓN POR DESEMPLEO.	Pág.
- PRESTACIONES POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES.	Pág.
- CONCLUSIONES.	Pág.

VII. CAPÍTULO VI. DERECHOS LABORALES COLECTIVOS DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES. LA SINDICACIÓN Y LA HUELGA

- INTRODUCCIÓN.	Pág.
- EL DERECHO DE SINDICACIÓN.	Pág.
- EL DERECHO DE HUELGA.	Pág.
- OTROS DERECHOS COLECTIVOS.	Pág.

VIII. CAPÍTULO VII. LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY ORGÁNICA 2/2009.

Pág.

IX. BIBLIOGRAFÍA.	Pág.
--------------------------	------

PRÓLOGO

En la presente monografía y los capítulos que la componen vamos a efectuar un estudio panorámico (sin entrar en mayores profundizaciones de análisis dado que esta obra pretende una aproximación a la temática que la ocupa) sobre los derechos laborales y colectivos de los trabajadores inmigrantes, en especial aquellos que se encuentran en situación de irregularidad, en la legislación española.

A estos fines principiaremos con un estudio de la evolución histórica de los flujos migratorios y de la distinta normativa, internacional y española que han regulado la materia, destacando que no está toda (como es obvio) pero sí aquellas que desde nuestro punto de vista hemos tenido por más importante.

Continuaremos con un estudio de los derechos fundamentales que a todo ser humano le corresponden como tal para, de este modo, entrar en el tratamiento de los derechos laborales haciendo hincapié en la igualdad de trato en las relaciones de trabajo entre los españoles y los extranjeros (pronunciamiento aparte de los que se encuentran en situación irregular).

Dedicación más pormenorizada (y para ello hemos dedicado tres capítulos) haremos de los derechos individuales de los inmigrantes irregulares (a partir de este momento ceñimos el estudio a este colectivo); primero, con una visión de conjunto, posteriormente con el tratamiento de la institución del contrato de trabajo y las distintas modalidades de contratación que prevé la normativa vigente; y, para finalizar, con el estudio de la protección que el sistema de la Seguridad Social española otorga a cualquier persona (su criterio de universalidad) para ir delimitando el campo hacia los propios y específicos del colectivo al que nos hemos circunscrito.

Un capítulo concreto nos ocupará el tratamiento de los derechos colectivos de los inmigrantes irregulares. Es, sin lugar a dudas, el tema más novedoso toda vez que la más reciente jurisprudencia ha resuelto varios recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la anterior normativa (LO 4/2000, reformada por la LO 8/2000) que ha dado lugar a la última y más reciente reforma en el derecho de extranjería, operada por la Ley Orgánica 2/2009, reformadora de las dos anteriores, y a la cual nos referiremos en el último de los capítulos de esta monografía para resaltar y subrayar los puntos clave de su modificación legislativa.

Con ello, insistimos, no pretendemos una obra pormenorizada en el detalle sino ese acercamiento que cualquier neófito puede obtener sobre el objeto de nuestro estudio y del que también podrán sacar provecho cualquier jurista cuyas inquietudes o tareas vayan o se aproximen a esta rama especial del derecho (conjugación del administrativo y laboral).

Con ese objetivo –que nos es poco- hemos redactado esta obra y esperamos que así lo consiga.

CAPÍTULO I

LA INMIGRACIÓN Y EL DERECHO AL TRABAJO. DERECHO COMPARADO Y ESPAÑOL

- INTRODUCCIÓN

Los flujos migratorios es evidente que no configura un problema actual o de poco tiempo a esta parte. Es más, nos atrevemos a afirmar que la emigración es tan antigua como el hombre, pues éste se ha visto desde el inicio de los tiempos a cambiar de lugar de localización desde las primeras sociedades consideradas como tal. Incluso cuando el ser humano se asentó (y dejó de ser nómada) el fenómeno migratorio siguió existiendo.

El aumento poblacional ha conllevado a un desarrollo exponencial sobre este carácter casi inherente al ser humano. No digo que sea consustancial a su naturaleza pues el hombre es de la tierra donde nace y desarrolla su vida, pero no es menos cierto que, siempre, por unos motivos u otros, el hombre se ha visto invariablemente obligado al cambio de destino en lo territorial.

Ya en los albores de la civilización aquel movimiento de traslado de un lugar a otro se debía fundamentalmente a circunstancias eminentemente naturales: catástrofes, sequías, búsqueda de nuevos asentamientos para asegurar la supervivencia...

Conforme las sociedades se fueron haciendo más complejas se adhirieron nuevos factores a la emigración. Así desde que las sociedades se desarrollaron y el hombre fue connatural a su naturaleza siempre expansiva y, en los principios, por motivos de dominación, asistimos a continuos movimientos migratorios durante siglos provocados por las guerras e invasiones (como diría un autor, la paz en el hombre es el período entre guerras y, por desgracia hemos de darle la razón). Surgieron desde los Imperios antiguos a los más modernos una emigración prisionera o esclava, o lo que aún era peor, las dos condiciones a la vez. Las invasiones procuraban mano de obra barata, los esclavos, a la par que estos se convertían en prisioneros de la inexistencia de derechos humanos, poco más o menos que era un animal que entraba en el comercio o negocio de otros hombres (tampoco es que haya cambiado esta filosofía con el tiempo sólo se han modificado las formas).

Olvidemos aquellas épocas y ciñámonos más a la Edad Moderna. Ha habido autores que ha considerado que la emigración se ha diferenciado con dos características preeminentes: su voluntariedad o no. En general, podemos adoptar esta simplificada distinción, más añadiremos que no es del todo cierto o ejemplarizante por la sencilla razón de que los flujos humanos en los siglos inmediatamente pasados y en el actual no han sido un factor de voluntariedad, propiamente dicha, en la elección de residencia.

Se siguen dando flujos migratorios provocados por las guerras (actualmente hay latentes más de 300 conflictos armados en el mundo, de mayor o menor entidad) unido a los desastres que ello conlleva: unos, acompañante siempre de los conflictos bélicos como son la hambruna, la esclavitud (aunque ahora esquivemos el uso de este concepto)... otros, derivados de aquellas o con significación propia: desastres medioambientales, destrucción del entorno, desastres geológicos... En esta materia han variado los años pero no los motivos de antaño.

Pero no es sólo eso, lo que más puede significar la época moderna es la aparición de otro fenómeno. La Revolución Industrial transformó un mundo, el agrario y casi hermenéutico, en un mundo totalmente volátil donde todo se movía a un ritmo vertiginoso. Estos factores sociales, industriales y como no –y siempre- económicos han supuesto el mayor flujo emigratorio de todos los tiempos. Podemos decir que, a partir de ellos, o como su consecuencia y dada la ingente población implicada, comenzaron a aparecer los derechos humanos y fundamentales con los que había que arbitrar una sociedad nueva, con nuevas reglas y principios y donde el hombre tenía que adornarse (en aquellos comienzos) de una serie de derechos mínimos para no acabar con el invento. Aún así las revoluciones, con mayor o menor impacto en las respectivas sociedades, fueron una constante en todo este período.

Cuando antes comentábamos nuestra no total conformidad con el criterio divisorio de la voluntariedad como factor de la emigración era fundamentado en el hecho innegable que aquéllos que “voluntariamente” emigraron siempre tuvieron tras sí unos condicionantes económicos: desde la necesidad biológica, pasando por las mejorías vitales tanto personales como familiares, hasta el negocio propiamente dicho. No entendemos el abandono del lugar de origen que no sea motivado por la inquietud viajera o por el mero placer (algo que si se puede dar en la actualidad) pero este último condicionante siempre se dio en clases sociales más o menos acomodadas. La enorme dispersión poblacional de Europa al continente americano, el abandono de un país de origen a otros receptores donde la vida era mejor (o, al menos, esa era la creencia); en fin, toda aquella migración

en masa siempre tuvieron tras sí motivaciones económicas más o menos extremas.

Sin poder detenernos más en aquel análisis histórico –donde precisaríamos páginas y páginas de estudio y no siempre de acuerdos debemos ahondar en la emigración actual, considerando como tal la que ha surgido a finales del siglo XIX, durante el s. XX y continúa en el actual. La principal característica con la que podíamos conceptualizar esta emigración es la globalización, haciendo hincapié de esa conceptualización en las últimas décadas.

Durante estos períodos podemos esquematizar las motivaciones migratorias en cuatro apartados bien diferenciados:

- Una emigración con el objetivo del asentamiento permanente. Con intención definitiva y con interés de reunificación familiar. Como tal podíamos identificar los desplazamientos con destino a Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y los países sudamericanos en la primera mitad del siglo XX. En un primer estadio los emigrantes era europeos pero al final de este período han sido sustituidos por los de origen asiático y de centro y Sudamérica.

- Una emigración colonial, rodeada también de la motivación económica y de asentamiento familiar desde aquéllas a las antiguas metrópolis, antes y después del proceso de descolonización.

- Una emigración económica (ya hemos dicho que entendemos que todos, de una manera u otra, no dejan de tener tal adjetivación en esta etapa) y con una intencionalidad, en principio, temporal aunque no serían pocos los que al final quedarán arraigados en estos lugares de recepción. Era la protagonizada principalmente por mano de obra de escasa o baja cualificación profesional.

- Y por último, una emigración de carácter político, por exilio o petición de refugio o asilo.

En el caso español encontramos ejemplos de esta clasificación, restringiéndose a los tres primeros marcos:

- Hemos emigrado a los países del continente americano, especialmente a los del orbe sudamericano o latinoamericano en busca de mejoras económicas para nosotros y nuestras familias (esto ya se produjo desde el Descubrimiento de aquel Continente pero con otros intereses y no de forma masiva) y de este modo encontramos la época de nuestros indianos y “hacer las Américas” en busca de fortuna. Muchos paisanos permanecieron en aquellos países.

- Con el trágico empeoramiento de la situación económica de aquel continente, especialmente en su centro y sur, muchos españoles hubieron de optar en volver a su

país.

- El tercer ejemplo, siguiendo con la anterior clasificación, lo hallamos en el exilio tras la Guerra Civil y los años 60. Francia, en un primer término y después, Alemania y los Países Bajos vieron llegar auténticas invasiones de españoles buscando un futuro mejor.

La inmensa mayoría dejó de tener una intencionalidad de temporalidad pero también fueron muchos los que al final quedaron asentados en aquellos territorios extraños.

La inmigración por motivos de exilio o petición de refugio o asilo es la más lamentable de los últimos tiempos y a la vez la más desgarradora por las condiciones en que se produce este fenómeno (en nuestras costas asistimos muy especialmente al espectáculo de las pateras y los dramas personales que se viven entre los que consiguen llegar a territorio español, de los que quedan en camino jamás sabremos su número). África es el continente paradigma de este modelo. Así le va a la saga y no nos extrañemos que en un futuro muy próximo, tal vez mañana supere a aquel otro continente.

La globalización dimanante en muchas ocasiones del desarrollo de los medios de transportes, las comunicaciones, una economía atractiva en los otros, han hecho surgir nuevas categorías.

Estamos asistiendo últimamente a una nueva modalidad de migración con desplazamientos de personas de alta cualificación, reagrupamiento familiar y de emigración ilegal. Los países más desarrollados del continente europeo y de América del Norte son los que más están soportando estos flujos migratorios.

Hemos pasado de redefinir dos conceptos: el extranjero al inmigrante.

Ahora os surge una duda: ¿Qué se debe entender por inmigrante?.

NO hay una única respuesta y tendremos que hacer un viaje territorial para desmembrar y concretar aquella definición:

- En Norteamérica y las antípodas (Australia y Nueva Zelanda) por emigrante se considera a aquellos trabajadores extranjeros con permiso de residencia superior al año.

- En los países europeos catalogamos como tal a los que tienen un permiso de trabajo o residencia (en algunas legislaciones uno y otro permiso es unívoco) temporal aunque lo sea por un tiempo menor al anual.

- No se suelen entender con tal consideración a los estudiantes, personas afectas al reagrupamiento familiar y profesionales de paso con alta cualificación profesional, incluido el grupo de investigadores.

El flujo migratorio irregular o ilegal hacia aquellos continentes ha sufrido una cuantía espectacular en número durante los primeros años del S. XIX con cifras

espeluznantes. Pongamos dos ejemplos: 1°. Estados Unidos en el año 2003 estimaba que tenía entre su población emigrante ilegal cerca de unos 7 millones de personas. 2°. Los países europeos también han rozado cifras de vértigo y, en el caso español, con esa política errática de regularizaciones masivas acumulando el “efecto llamada” ha superado un porcentaje de población extranjera que hasta hace años parecía inalcanzable (actualmente estamos en segundo lugar de receptores de inmigración, exactamente tras Alemania a cuyo nivel nos aproximamos, separándonos escasas décimas porcentuales) y ello sin calcular los irregulares (cifras hablan de un millón de personas aproximadamente).

Si debemos subrayar que en los últimos años –quinquenio- parece hacerse estabilizado estas cifras y como otra característica destacable argüir que ahora son los emigrantes de países del Este (Ucrania, Bosnia, Rumanía, Bulgaria, Moldavia, Albania..) los que se están asentando en nuestro país, máxime desde que algunos de ellos han entrado a formar parte de la Unión Europea y les alcanza el principio de libre circulación por todos los países incluidos en aquélla.

No debemos dejar pasar hacer referencia de una creciente emigración “atípica” y que, aunque menos significativa, en números globales es sorpresiva.

Hemos unido a los trabajos de construcción y hostelería (principales sectores receptivos de inmigración) el profesional de sanidad y de atención a mayores o personas discapacitadas. Países como Reino Unido o Portugal se están convirtiendo en meta y destino de profesionales relacionados con la ocupación médica y asistencial para desarrollar sus actividades.

Por último y de índole reciente es el incremento en los flujos migratorios de la mujer (casi circunscrito al nivel asistencial y doméstico como actividades profesionales de prestación) y el autoempleo.

Todas las causas antes referidas han llevado a un descontrol evidente de las estadísticas y son muchas las ocasiones donde fijar contingentes, irregularidad, sectores... son aproximativos, sin una certeza incuestionable de ser aquellos datos los que coinciden con la realidad más al contrario.

Finalizando este epígrafe, y también conocidos por todos, es la dificultad de integración de la mayor cantidad de colectivos que conforman el elenco migratorio que continúan con sus costumbres (criterio elogiable a la par que enriquecedor de culturas) pero que raramente aceptan las propias de los receptores. Ello invariablemente conduce a la separación, al gueto, al recelo, al choque cultural...y se debe luchar con ahínco en limar este distanciamiento intercultural por el bien de las dos sociedades: la que viene y la que ya estaba sita.

Resumiendo:

- Vamos hacia sociedades multiétnicas y multiculturales consecuencia de la globalización de los flujos migratorios.
- Los mercados de trabajo cada vez acrecientan el número y peso de trabajadores inmigrantes.
- Se está produciendo un fenómeno de redes migratorias rozando o cometiendo ilegalidades (grupos organizados de índole mafiosa, trata de blancas, esclavitud...)
- Las políticas migratorias deben tener como objetivo primordial los puntos anteriores y, más trascendentalmente, acabar con las redes ilegales y con el control de la inmigración irregular (más proclive, incluso, a caer en aquellas o en condiciones de trabajo que rozan la sumisión y desprotección de sus derechos fundamentales, ya no solo como trabajadores sino como personas).

- LEGISLACION COMPARADA.

Esta introducción excesivamente amplia y que entendemos no se podía obviar en todos los puntos comentados y en otros que por razones de espacio no hemos podido analizar o concretar ha hecho que desde un principio se esté intentando legislar todos los aspectos que atañen a los flujos migratorios.

De este modo hallamos normativa de organismos internacionales supranacionales bien de ámbito universal o referidas a planos territoriales continentales o menores (entre ésta, la que más nos interesa, la europea) así como la específica española donde se viene observando unas competencias autonómicas que complican aún más este paisaje de coordinación.

El desarrollo de este apartado va a ser enumerativo, no podemos pretender más, porque es tanta y tan variada que de comentar la más importante correríamos el riesgo de no verla toda, ni hacernos una idea.

Dos precisiones:

- Ni están todas las que son pues nos ceñiremos a las de más entidad.
- Una certeza: hay tanta normativa como poca protección práctica y eficaz de los derechos de los inmigrantes.

A) TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES GENERALES.

A1). ONU

- Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de Diciembre de 1948.
- Convención de Ginebra de 28 de Julio de 1951 y Protocolo de Nueva York de 31

de Enero de 1967 (ONU). Publicado en el BOE el 21 de Octubre de 1978.

- Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 28 de Septiembre de 1954.
- Convención de abolición de la Esclavitud de 1926, enmendada el 7 de Diciembre de 1956.
- Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, de 19 de Diciembre de 1966.
- Convenio Internacional para la eliminación de todas las formas de Discriminación de 21 de Diciembre de 1965.
- Convención y Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951 y 31 de Enero de 1967.
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de 18 de Diciembre de 1979.
- Resolución de la Asamblea General de la ONU de 13 de Diciembre de 1985 sobre declaración de los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven.
- Convención de los Derechos del Niño, de 20 de Noviembre de 1989.
- Convención de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias, de 18 de Diciembre de 1990.

A2) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

- Convenio nº 87 relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación de 1948.
- Convenio nº 97 sobre Trabajadores Migrantes, de 1949, revisado en 1967.
- Convenio nº 111 sobre Discriminación en materia de Empleo y Ocupación, de 1958.
- Convenio nº 122 sobre la Política de Empleo, de 1964.
- Convenio nº 143 sobre la Migración en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y de Trato de los Trabajadores Migrantes, de 1975.
- Recomendación nº 86 sobre los Trabajadores Migrantes, de 1949.
- Recomendación nº 100 sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes en los Países y Territorios Insuficientemente Desarrollados, de 1955.
- Recomendación nº 151 sobre Trabajadores Migrantes, de 1975.

A3) ORGANIZACIÓN DE ESTADOS IBEROAMERICANOS

- Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de España y la Secretaría General de la OEA de 1967.
- Acuerdo complementaria del anterior en materia de Migraciones Nacionales e Internacionales de 1981.

- B. TRATADOS Y NORMATIVA EUROPEA

B1). DEL CONSEJO DE EUROPA.

- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950 y sus distintos Protocolos Adicionales.

- Carta Social Europea, de 1961 y su Protocolo Adicional.
- Acuerdo Europeo sobre exención de visados para los refugiados, de 1959.
- Acuerdo Europeo y Anexo sobre la colocación “au pair”, de 1969.
- Convenio relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, de 1977.

B2) DE LA UNIÓN EUROPEA.

- Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 1957.
- Tratado de la Adhesión de España, de 1985.
- Tratada de Masstrich, de 1992.
- Tratado de Ámsterdam, de 1997.
- Tratado de Niza, de 2001.
- Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 1989.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000.
- Directiva 64/2001, del Consejo, de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los Extranjeros en Materia de Desplazamientos y de Residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública. Se complementa con las Directivas 72/194 y 75/35, ambas del Consejo en la misma materia.
- Directiva 77/486, del Consejo, de 1977, relativa a la escolarización de los hijos de los trabajadores migrantes.
- Directiva 96/71 del Parlamento y del Consejo, de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.
- Directiva 2000/43, del Consejo, de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trabajo de las personas independientemente de su origen racial o étnico.
- Reglamento 1612/68, del Consejo, de 1968, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad.
- Reglamento 1683/95, del Consejo, de 1995 sobre el modelo uniforme del visado. Habría que unir al mismo los Reglamentos 2317/95 y 574/99 sobre la aplicación a terceros países de dichos visados.

- Resolución del Consejo, de 1976, relativa a un programa de acción a favor de trabajadores migrantes y de los miembros de sus familias.
- Resolución del Consejo, de 1985, sobre orientaciones para una política comunitaria de la migración.
- Resolución del Consejo, de 1994, sobre la limitación de la admisión de nacionales de terceros países en el territorio de los Estados miembros para ejercer en ellos una actividad por cuenta propio.
- Resolución del Consejo, de 1994, sobre la limitación de la admisión de nacionales de terceros países en el territorio de los Estados miembros con el fin de realizar estudios.
- Resolución del Consejo, de 1995, relativa a las garantías mínimas aplicables al procedimiento de asilo.
- Resolución del Consejo, de 1996, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración en el territorio de los Estados Miembros.
- Resolución del Consejo, de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 1987, sobre los problemas regionales y los problemas migratorios.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 1996, sobre la libre circulación de personas en el seno de la Unión Europea de Pasaportes, del Espacio Económico Europeo y los Países de Schengen.
- Recomendación del Consejo, de 1995, sobre la armonización de los medios de lucha contra la inmigración y el empleo ilegales y sobre la mejora de los medios de control previstos a tal fin.
- Recomendación del Consejo, de 1996, relativa a la lucha contra el empleo ilegal de nacionales de terceros Estados.
- Conclusiones del Consejo, de 1994, sobre la creación y el desarrollo de un Centro de Información, Reflexión e Intercambio en materia de cruce de Fronteras Extranjeras y de Inmigración.

B3) NO ESTRUCTAMENTE EUROPEO.

- Acuerdo de Schengen, de 15 de Junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes.
- Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de Mayo de 1992.

- LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

A1) Genérica.

- La Constitución Española vigente de 1978.
- Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical.
- Real Decreto Legislativo 1/1995, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto Legislativo 2/1995, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.
- Real Decreto Legislativo 5/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- Real Decreto Ley 5/2001, sobre Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y mejora de la calidad.

A2) Específica

- Decreto de 8 de Septiembre de 1932, sobre trabajadores extranjeros.
- Decreto de 29 de Agosto de 1935, sobre colocación obrera de trabajadores extranjeros.
- Decreto 1870/68, de 27 de Julio, sobre régimen de empleo, trabajo y establecimiento de los extranjeros)
- Decreto 522/74, de 14 de Febrero, sobre régimen de entrada, permanencia y salida de territorio español.
- Decreto 1874/78, de 2 de Junio, sobre concesión y renovación de permisos de trabajo y permanencia y autorizaciones de residencia.
- Real Decreto 1031/80, de 3 de Mayo, sobre concesión y prórroga de permisos de trabajo y permanencia y autorizaciones de residencia.
- Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Reformada por la Ley Orgánica 8/2000 y Ley Orgánica 2/2009.
- Ley 5/1984, de 20 de Marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición del Refugiado. Modificada por la Ley 9/1994.
- Ley 45/1999, de 29 de Diciembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacionales.
- Real Decreto 766/1992, modificado por el RD 737/1995, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de los Estados Miembros de la Unión

Europea y otros Estados partes en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

- Real Decreto 864/2001, de 20 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de las Leyes Orgánicas 4/2000 y 8/2000.
- Real Decreto 203/1995, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento para la aplicación de la Ley Reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de refugiado. Modificado por el Real Decreto 865/2001.
- Real Decreto 239/2000, sobre procedimiento para regularización de extranjeros prevista en la Disposición Transitoria 1ª de la L.O. 4/2000.
- Real Decreto 142/2001,, sobre procedimiento para regularización de extranjeros prevista en la Disposición Transitoria 4ª de la L.O. 8/2000.
- Resolución de 16 de Marzo de 2000, por la que se aprueban las instrucciones relativas al procedimiento de regulación de los extranjeros previsto en la L.O. 4/2000.

- BREVE COMENTARIO A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Veamos como delimita el concepto de trabajador extranjero la legislación española.

La CE en su artículo 13 dispone como criterio general en su apartado 1 que “gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título” pero aclarando que “en los términos que establezcan los tratados y la ley”. Se efectúa una remisión expresan al art. 10 del Título I donde se preceptúa que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades... se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”¹

El art. 14 establece en primer lugar la igualdad ante la Ley pero en una de las múltiples interpretaciones efectuada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, más exactamente en la STC 107/1984, de 23 de Noviembre, se señalan las siguientes ideas: “la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional de la libre voluntad del tratado o ley” para continuar que con tal sentido no se ha “querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas” pero matizando que “no resulta exigible la igualdad de trato”.

1) La Declaración Universal extiende a toda persona la no discriminación y especialmente en los arts 13, 23 y 23.

Otros textos internacionales: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art 26). Derecho Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2, 4, 6 y 7). Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (arts 1, 14 y 16). La Carta Social Europea (art. 19)

Por otra parte, el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 4, recoge los derechos que con carácter general corresponden a cada trabajador, sin distinción alguna en cuanto a su origen y situación en España. Así en su número 1 y 2 se configuran una serie de derechos laborales básicos (el primer apartado casi de remisión genérica a los llamados sindicales y el punto 2 a los que podíamos denominar de segundo orden).

La L.O. 4/2000 titula su artículo 3 con el significativo “Igualdad con los españoles e interpretación de las normas” y en su apartado 1 subraya “la igualdad de condiciones que los españoles” en el goce de los mismos.

En el mismo sentido la L.O. 8/2000 habla de no discriminación, en cualquier caso, sin que se impongan “condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo...solo por su condición de tal –extranjeros-“. Aún más progresista e identificadora en este sentido ha sido la reforma operada por la L.O. 2/2009.

Por último el acceso a las Administraciones Públicas es ahora reenviado al Estatuto Básico del Empleado Público y lo único que, en principio, se exige es la residencia en España para adquirir la condición de personal laboral. Claro está, queda la inaccesibilidad a la función pública funcionarial que se reserva exclusivamente a los españoles (en algunos supuestos a nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y el Espacio Económico y Social europeo, extrayendo de este grupo aquellos que ejercen funciones de imperium).

CAPÍTULO II

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS INMIGRANTES. LOS DERECHOS LABORALES. LA IGUALDAD DE TRATO.

I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL EXTRANJERO.

Vamos a determinar, en la aproximación de que disponemos dentro de la estructura global de este tema, la posición jurídica del extranjero –no comunitario- que se encuentre en España en relación con los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Carta Magna, independientemente de que se encuentra o no trabajando y su situación administrativa sea la de regularidad o irregularidad.

Los extranjeros comunitarios se encuentran en una situación jurídica bien distinta dada su pertenencia a la Unión Europea y los privilegios que este estatus le otorgan. Así la Ley Orgánica 4/2000, en relación con la redacción que le fue dada por L.O. 14/2003 establece que “los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquéllos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos casos que pudieran ser favorables”.

La ley Orgánica 2/2009 modifica únicamente el referido artículo al hacer referencia a la ley reguladora de su situación y así no será la legislación de la Unión Europea sino “la ley que los regula”. No tiene mayor importancia la modificación quizás señalar la amplitud del campo normativo que le es de aplicación.

Igualmente quedarían fuera de esta protección los solicitantes del derecho de asilo, pues mientras se tramita el correspondiente expediente administrativo y hasta su resolución no se les puede considerar, en puridad, personas que se hallen dentro de España dispuestos a prestar servicios de naturaleza laboral. De este modo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional considera que el tiempo que el solicitante de asilo permanece en las dependencias del puesto fronterizo rigen los derechos fundamentales derivados de la dignidad de la persona reconocidos por la Constitución a todas las personas sometidas a los poderes públicos españoles.

No debemos avanzar sin dejar claro que hasta hace bien poco tiempo se consideraba en situación bien diferenciada la que se argumentaba del extranjero en situación legal de aquel que se encontraba en situación irregular, con un mayor plus de derechos reconocidos a los primeros en perjuicio de los segundos, pero ello no era obstáculo para que la doctrina y jurisprudencia buscaran soluciones a fin de que la realidad social de estos últimos fueran reflejo de su realidad jurídica como personas.

La propia L.O. 4/2000 asumió este cambio en su articulado y así las diferentes reformas a que se ha visto sometida, principiando por la L.O. 8/2000 y continuando con la Ley Orgánica 14/2003 han pasado de la contemplación del ejercicio de los derechos fundamentales en condiciones similares a los nacionales, con independencia de su situación de irregularidad o no, a una situación de casi inexistencia de derechos e imposibilidad de su ejercicio para quienes se encuentren en situación de irregularidad.

Esta deriva ha sido corregida por la Ley Orgánica 2/2009, si bien obligada para ello por la transposición de la distinta y muy variada normativa europea a favor de estos derechos fundamentales (han sido varias las Directivas² que se han dictado en los años posteriores al 2000 y 2003, haciéndose eco de los reconocimientos de derechos de todo tipo –entre ellos fundamentales- que se han ido arbitrando a favor de los extranjeros con

- a. ² Directiva 2003/110/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea. (DOUE de 6 de diciembre de 2003).
- b. Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, de 2003, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DOUE de 23 de enero de 2004).
- c. Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes (DOUE de 6 de agosto de 2004).
- d. Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas (DOUE de 6 de agosto de 2004).
- e. Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, del Consejo, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (DOUE de 23 de diciembre de 2004).
- f. Directiva 2005/71/CE, de 12 de octubre de 2005, del Consejo, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica (DOUE de 3 de noviembre de 2005).
- g. Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal (DOUE de 24 de diciembre de 2008).
- h. Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (DOUE de 18 de junio de 2009).
- i. Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular (DOUE de 30 de junio de 2009).

independencia de su situación administrativa). También ha sido trascendente la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que seguía los mismos indicativos que la normativa europea.

Comenzaremos nuestro estudio con el análisis de lo dispuesto en el art. 13.1 de

la Constitución Española (en adelante, CE) cuyo tenor literal dice: “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establecen los Tratados y la ley” regulando una reserva a favor “solamente de los españoles” en su apartado 2 respecto a los derechos reconocidos en el art. 23 salvo criterios de reciprocidad para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”. El art 23 de la CE recoge el derecho de participación en los asuntos públicos y el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos. Simplificando, salvo esta salvedad parece que se arbitra un sistema amplio y de equitación entre los derechos de los nacionales y los extranjeros (sea cual sea su tipología).

Siguiendo el anterior criterio también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional fijar como principio que siendo la CE obra de los españoles pero no lo es sólo “para los españoles”. Los extranjeros no sólo están sometidos a los tratados y las leyes sino que además los derechos humanos, que pertenecen a la persona como tal se deben extender y ser titulares de los mismos tanto los españoles como los extranjeros, sin perjuicio de que algunos no puedan pertenecer a los extranjeros (como la exclusión que hemos reflejado en el anterior apartado del art. 13 en relación con el 23 de nuestra Norma Fundamental).

Esta restricción de algunos derechos excluidos del colectivo inmigrante también tiene su basamento constitucional y así el TC en sentencia de 20 de Julio de 1993 (sentencia nº 254) sentó el siguiente criterio: “la inexistencia de declaración constitucional que proclama la igualdad de los extranjeros y españoles no es, sin embargo, argumento bastante para considerar resuelto el problema, estimando que la desigualdad de trabajo entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible, o incluso que el propio planteamiento de la cuestión de igualdad...está constitucionalmente excluido. Y no es argumento bastante porque no es únicamente el art. 14 de la Constitución el que debe ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos sin los que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España”.

Con lo cual una cosa es evidente: el legislador en todo momento debe respetar un contenido mínimo y esencial del derecho objeto de regulación porque de no hacerlo así y proceder de otra manera se podría dar el paradójico caso de vaciar totalmente de contenido el derecho cuestionado, con lo que finalizaríamos negando la propia existencia de los mismos. Y ello no sólo en conformidad con la legislación española sino con los Tratados y Convenios firmados por España.

¿Por qué debe entenderse de esta manera?. Pues por una directa aplicación de la norma constitucional en cuyo art. 10 se regula: “las normas relativas a los derechos

fundamentales y libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derecho Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. El contenido de dichos Tratados y Acuerdos formarán parte de nuestra propia normativa interna por su ratificación por España y de conformidad con lo dispuesto en los arts 96 y ss de su texto.

Sin constituir un *numerus clausus* reseñaremos a continuación los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre esta materia que han sido ratificados por España y que son, entre otros, a saber:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Convenios de la Organización Internacional del Trabajo. Especialmente los

números 87, 97 y 117. Del contenido de cada uno de ellos transcribiremos el articulado que más se acerca al contenido de nuestro estudio. De este modo:

- El art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos preceptúa: “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Posteriormente en su articulado regula el derecho a la defensa personalmente o por medio de defensor, así como, en el caso de derechos laborales, la reunión pacífica y la asociación, la libertad sindical y libre sindicación (arts 14, 21 y 22).

- El art 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales regula por su parte que toda persona tiene derecho a “defenderse por si mismo o a ser asistido por un defensor a su elección y, si no tiene medios para pagarlos, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio”, para continuar en la senda de los derechos más propiamente laborales a establecer en su art 11: “toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y afiliarse a los mismos para la defensa de los intereses”

- Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo. El 87 comprensivo de la

libertad sindical y la protección del derecho de libre sindicación dispone en su art. 2: “los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”. Por otro lado, el Convenio 97, art 11 dice: “toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por cuenta propia” tendrá la condición de emigrante. Por último el art. 14 del Convenio 117 es del siguiente tenor literal: se prohíbe “toda discriminación entre trabajadores fundada por motivos de raza, color, sexo, credo, asociación a una tribu o afiliación a un sindicato”.

- ESPECIAL REFERENCIA A LOS DERECHOS LABORALES

El lector avisado se habrá cerciorado de que en el primero de los apartados recién finalizado no sólo se ha hecho mención expresa a los derechos fundamentales de carácter genérico sino que también aquella ha sido de derechos laborales, máxime cuando estos adquieren tal doble condición: fundamentales y laborales (por ese orden).

En este epígrafe nos vamos a referir a derechos laborales fundamentales pero dentro de la legislación de extranjería y social.

La Ley Orgánica 2/2009 preceptúa en su artículo 7: “Los extranjeros tienen el derecho de reunión en las mismas condiciones que los españoles”. Se suprime la referencia del texto anterior a la obtención de la autorización de estancia o residencia en España.

El art 8 al exponer el derecho de asociación: “Todos los extranjeros tienen el derecho de asociación en las mismas condiciones que los españoles”. Hacemos la misma afirmación que en el párrafo anterior en cuanto a la supresión de autorización administrativa alguna en relación con su residencia o estancia en España.

Por último el art. 11 del mismo Cuerpo Legal, en su actual redacción es del siguiente tenor literal: “1. Los extranjeros tienen derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles.”. Nuevamente desaparece el requisito de autorización de residencia o estancia en España. Añade, a continuación, el apartado 2: “Los extranjeros podrán ejercer el derecho a la huelga en las mismas condiciones que los españoles”. Aquí la modificación y supresión de requisitos es doble, en relación al anterior texto legal: por un lado, por un lado desaparece que tengan que estar autorizados para trabajar; por otro se igualan en las condiciones de su ejercicio a los españoles. La influencia de la sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007 se muestra en toda su plenitud y significación y sus criterios

interpretativos en cuanto a los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga han sido llevados al plano legislativo con la reforma operada por la ya aludida Ley Orgánica 2/2009.

Todos los artículos hasta ahora tratados tienen el carácter de colectivos.

Como no podemos obviar los individuales –a los que dedicaremos un estudio más detallado en temas concretos, al igual que a los colectivos- de forma telegráfica señalar que los contratos de trabajo han pasado, en un hito histórico-jurisprudencial-legal a pasar de calificarse como contratos laborales nulos, sin perjuicio del cobro de los salarios dejados de percibir por las prestaciones laborales, a circunscribirse a la ineficacia de los contratos de trabajo, para terminar reconociendo la eficacia de los mismos, salvo ciertas limitaciones fácilmente comprensibles (desempleo, obligación de readmisión...) para los contratos donde sean parte trabajadores irregulares.

Pese a no ser derechos laborales propiamente dichos, vamos a tratar a continuación de otros derechos que de una u otra forma, sin perjuicio de su consideración como fundamentales, influyen de distinta manera en las relaciones laborales y que éstas se puedan llevar a la práctica. Sin el ejercicio de los siguientes no pueden desarrollarse los anteriores.

Principiaremos, siguiendo el orden legislativo, por el derecho a la libertad de circulación, ex art 5: “1. Los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley, tendrán derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las Leyes, o las acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en el que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de sentencia firme. 2. No obstante, podrán establecerse medidas limitativas específicas cuando se acuerden en la declaración de estado de excepción o de sitio, en los términos previstos en la Constitución, y, excepcionalmente por razones de seguridad pública, de forma individualizada, motivada y en proporción a las circunstancias que concurran en cada caso, por resolución del Ministro del Interior, adoptada de acuerdo con las garantías jurídicas del procedimiento sancionador previsto en la Ley. Las medidas limitativas, cuya duración no excederá del tiempo imprescindible y proporcional a la persistencia de las circunstancias que justificaron la adopción de las mismas, podrán consistir en la presentación periódica ante las autoridades competentes y en el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente”.

A continuación el art. 10 lleva por título el Derecho al trabajo y a la Seguridad Social

con el siguiente contenido: “1. Los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente. 2. Los extranjeros podrán acceder al empleo público en los términos previstos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”.

Por idéntico camino dispone el art. 14 con el título Derecho a la Seguridad Social y servicios sociales:” 1. Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles. 2. Los extranjeros residentes tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles. En cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico. 3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas”.

Más concretamente y circunscribiéndose al ámbito de la Seguridad Social el art. 12 regula específicamente uno de las manifestaciones del sistema prestacional español radicado en aquel régimen de la seguridad social, el derecho a la asistencia sanitaria: “1. Los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. 2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. 3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. 4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto”.

Para concluir este apartado citaremos el derecho a la reagrupación familiar que, si bien, no tiene el carácter de derecho fundamental dada la incidencia sobre los mismos más que una vez producido dicho reagrupación a los familiares les pueden ser extensibles la cobertura de aquéllos o adquirirlos como tales si se produce la independencia del núcleo familiar como también contempla la ley. A tal fin el art. 17 preceptúa: “El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares: a. El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, y

que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de Ley. En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la Ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias por la disolución de cada uno de sus anteriores matrimonios sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge si acredita que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos comunes en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los hijos menores, o mayores en situación de dependencia. En la disolución por nulidad, deberán haber quedado fijados los derechos económicos del cónyuge de buena fe y de los hijos comunes, así como la indemnización, en su caso.

b. Los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud. Cuando se trate de hijos de uno solo de los cónyuges se requerirá, además, que éste ejerza en solitario la patria potestad o que se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España.

c. Los menores de dieciocho años y los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud, cuando el residente extranjero sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español.

d. Los ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Reglamentariamente se determinarán las condiciones para la reagrupación de los ascendientes de los residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea, de los trabajadores titulares de la tarjeta azul de la U.E. y de los beneficiarios del régimen especial de investigadores.

Excepcionalmente, cuando concurren razones de carácter humanitario, podrá reagruparse al ascendiente menor de sesenta y cinco años si se cumplen las demás condiciones previstas en esta Ley.

Los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios

familiares, siempre que cuenten ya con una autorización de residencia y trabajo, obtenida independientemente de la autorización del reagrupante, y acrediten reunir los requisitos previstos en esta Ley Orgánica.

Cuando se trate de ascendientes reagrupados, éstos sólo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residentes de larga duración y acreditado solvencia económica.

Excepcionalmente, el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo un o más hijos menores de edad, o hijos con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, podrá ejercer el derecho de reagrupación en los términos dispuestos en el apartado segundo de este artículo, sin necesidad de haber adquirido la residencia de larga duración.

La persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal se equipará al cónyuge a todos los efectos previstos en este capítulo, siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España.

En todo caso, las situaciones de matrimonio y de análoga relación de afectividad se considerarán incompatibles entre sí.

No podrá reagruparse a más de una persona con análoga relación de afectividad, aunque la Ley personal del extranjero admita estos vínculos familiares.

Reglamentariamente, se desarrollarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación así como para acreditar, a estos efectos, la relación de afectividad análoga a la conyugal.

- LA IGUALDAD DE TRATO

Independientemente de la regulación jurídica del derecho fundamental la igualdad recogida en el art. 14 de la vigente CE y a la distinta normativa internacional que hace, igualmente, alusión al derecho de igualdad nos vamos a ceñir en este apartado al más concreto de esa igualdad reduciéndola al trato que se debe dar a los inmigrantes irregulares en las relaciones laborales y será en este punto donde restringiremos nuestro estudio.

Indicar que esta igualdad de trato se ha reconocido fundamentalmente gracias a la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional que ha sentado una serie de bases que tendremos en cuenta y que a continuación vamos a exponer.

La STC 107/1984, de 23 de Noviembre, argumenta en su Fundamento Jurídico 3: “...produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeras, como la que

efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano...que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español"...aunque no da un listado cerrado si identifica algunos como el "derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc, corresponde a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles". Si bien la misma resolución establece que exigir el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad para celebrar válidamente un contrato de trabajo, no se opone, a la Constitución. No resulta pues esta desigualdad con respecto a los española en modo alguno inconstitucional porque en esta materia nada exige que deba existir la igualdad de trato.

Pese al anterior criterio una posterior sentencia indica que una cosa es autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros y otras es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales en cuanto a los derechos esenciales o fundamentales.

Con la misma argumentación se entienden las STC 94/1993 y 130/1995.

Sirva como ejemplo la siguiente fundamentación jurídica de la primera de ellas: "es pues lícito que las leyes y tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España y a residir en ella". La segunda por su parte argumenta: "el derecho invocado por el recurrente –al desempleo- está subordinado a la existencia de su reconocimiento por ley o tratado, de suerte que, si el mismo no existiera, no sería exigible la igualdad de trato que se invoca".

En definitiva y resumiendo:

- Hay derecho que vinculado a la dignidad humana debe ser reconocido a todas las personas: españoles, extranjeros legales extranjeros ilegales: la vida, integridad física, libertad ideológica...

- Otros derechos no corresponden a aquella categoría y entre los mismos podíamos hallar el de entrada y permanencia en territorio nacional, el derecho al trabajo y el derecho a prestaciones de la Seguridad Social.

- Estos derechos pertenecen también a los extranjeros siempre de los términos que digan las Leyes o Tratados Internacionales y, lo usual, es que su ejercicio y disfrute se condicione a la obtención de autorizaciones administrativas.

- Es irrelevante que la ley establezca diferencias en el disfrute de los derechos

reconocidos en la CE para los españoles porque siempre se deberá respetar el contenido establecido en los mandatos constitucionales, esto es, el contenido esencial de aquellos derechos.

- La aplicación de esas leyes deberá ser razonada y razonable para no violar el canon de constitucionalidad: el respeto al derecho fundamental que esa ley regula.

CAPÍTULO III

DERECHOS LABORALES INDIVIDUALES DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES (I). ESTUDIO DE CONJUNTO

Es una constante tanto en la normativa patria así como en el Derecho comparado la diferenciación entre inmigrantes legales e ilegales. Los primeros son aquellos que reúnen la documentación administrativa oportuna –permisos de residencia y de trabajo- en contraposición a los segundos que carecen de la disponibilidad de documentación alguna que le permitan permanecer en nuestro país.

En puridad, a los primeros se les reconoce una serie de derechos mientras que a los segundos se les tendría, en principio, que expulsar del territorio español, si bien se le reconocen ciertos derechos mientras permanezcan en España (principalmente de índole constitucional como hemos referido en temas anteriores).

Este anticipo en el estudio no es tan simple dado que ha tenido una historia normativa que es conveniente tratar para que comprendamos los avatares y etapas legislativas en nuestro ordenamiento jurídico.

Silenciando el período preconstitucional relacionaremos tres etapas postconstitucionales claramente diferenciadas:

A). La Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio (primera ley de extranjería).

Se refería únicamente o en exclusividad los derechos de los inmigrantes que se encontraran legalmente en España. Su Preámbulo habla por nosotros: “Es necesario diferenciar, con absoluta claridad, las situaciones de legalidad de las de ilegalidad. Por ello, la Ley asegura la plenitud de los derechos y las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España. Y, al propio tiempo, y en prevención de las alteraciones que pudieran en su caso producirse, respecto de la convivencia social, por la presencia de extranjeros en términos no legales en España, desarrolla las medidas específicas para impedir tales situaciones”.

Al extranjero ilegal se le reconocen sólo ciertas garantías procedimentales en la tramitación de su expulsión, a cuyo expediente se le considera preferente.

También omite esta Ley Orgánica referencia alguna a derechos laborales individuales de los trabajadores en situación legal, pero si que enuncia algunos derechos colectivos tales como los de afiliación sindical y huelga, contemplados en el art. 10. la Seguridad Social y la protección que ampara es igualmente ignorada aún para los inmigrantes regulares.

Aquella omisión fue suplicada por el primer Reglamento de desarrollo de esta Ley Orgánica, aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de Mayo, cuyo artículo 32 expresaba: “ el salario y demás condiciones de trabajo de los extranjeros autorizados a trabajar en España por cuenta ajena, no podrán ser inferiores, en ningún caso, a los fijados por la normativa vigente en territorio español o determinados convencionalmente para los trabajadores españoles en la actividad, categoría o localidad de que se trate”.

El Estatuto de los Trabajadores de 1980 disponía en su art. 7 la capacidad para trabajar de los extranjeros, pero con remisión expresa a la legislación que regule dicha materia, esto es, a la ya citada. Será el art. 9 del mismo Estatuto (por cierto invariado hasta nuestros días) el que aporte más luz, es decir, recoja algunos derechos de estos inmigrantes ilegales: “en el caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ha hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido”. Fue un primer paso para el reconocimiento de los derechos de los inmigrantes irregulares en la contratación laboral.

Por su parte la Legislación sobre Seguridad Social hacía aún una distinción más curiosa: diferenciaba entre los extranjeros de estirpe ibérica (hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos, filipinos y, posteriormente, guineanos – de Guinea Ecuatorial, antigua colonia-) y el resto de extranjeros. Los primeros equiparados a los españoles, en cuanto al resto la ya clásica remisión a los Tratados Internacionales y a falta de éstos, al principio de reciprocidad tan característico del ordenamiento internacionalista. Si destacó dos importantes instituciones de arraigo laboral y que dieron lugar a abundante jurisprudencia amplificadora del reconocimiento de derechos que la ley evitaba. Así: una primera, el reconocimiento del nacimiento de la obligación de cotizar desde el comienzo mismo de la prestación del trabajo; una segunda, alta de pleno derecho y sin necesidad de carencia para acceder a las prestaciones dimanantes de las contingencias profesionales.

Como Convenios firmados por España más destacables nos referiremos a tres en concreto:

- Convenio OIT 19 sobre igualdad de trato en materia de indemnización por accidentes de trabajo a los nacionales de todos los países que lo hubieren ratificado y ello sin ninguna condición en cuanto a la residencia.

- Convenio OIT 97 con igualdad de trato con los nacionales de los países receptores de los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio en diversidad de materias tales como: remuneración, horas extraordinarias, vacaciones pagadas, trabajo de mujeres y menores, afiliación a sindicatos...

- Convenio OIT 157 sobre establecimiento internacional de un sistema de conservación de prestaciones de Seguridad Social, etc.

En definitiva, se reconocían derechos laborales a los inmigrantes regulares pero a los irregulares solo se les respetaba el de remuneración salarial derivada de la relación laboral. España se adhirió a la Comunidad Económica Europea a primero del año 1986 (hoy Unión Europea) y entre los derechos de aquel Tratado se reconocía la libertad de establecimiento y circulación por todos los países que lo habían firmados de cualquier ciudadano de alguno de los países miembros.

Quedaban, desde ese momento, fuera de la aplicación de la ley de extranjería y quedaban completamente equiparados a los españoles (salvo en algunas funciones públicas de imperium). Por consiguiente, la entrada, permanencia y desarrollo de cualquier actividad por ciudadano miembro de la Unión Europea en España se rige por el derecho comunitario. Significar que más adelante se unirían los ciudadanos de los países que componen el Espacio Económico Europeo, con iguales derechos y prerrogativas.

B). El Real Decreto 155/1996, de 2 de Febrero.

Una década después del primer Reglamento de desarrollo aparece este segundo que da un giro sustancial a la Ley Orgánica de Extranjería de 1985.

La jurisprudencia constitucional tuvo acceso a la normativa española por mor de una disposición reglamentaria que respetaba y compartía aquella.

El art. 2 preceptuaba: “Derechos subjetivos de la persona. 1. Los extranjeros tienen plenamente garantizados en el territorio español, en igualdad de condiciones con los españoles, los derechos que son inherentes a las personas”.

No se hacen expresa mención a los mismos pero a buen entendedor se deberían entender como tales: derecho a la vida, integridad física, libertad ideológica, educación, tutela judicial...(estos dos últimos si que los recogían los apartados 2 y 3 del precepto transcrito.

En los artículos siguientes y consecutivos (arts. 3 a 11) si que se hace una enumeración de derechos a los extranjeros que se encuentren legalmente en territorio español y así: libre circulación, reunión, asociación, sufragio activo y pasivo en elecciones municipales en condiciones de reciprocidad, sindicación, huelga, educación, asistencia y prestaciones sociales, protección a la salud, fundación y libertad de empresa. Los derechos relacionados con el contrato de trabajo e inherentes a la relación laboral se condicionaban a la obtención del permiso de trabajo.

No parece mucho pero fue muy significativa para la época en que se dictó, con los

antecedes que le precedían y el haber recogido por primera vez algunos derechos de los inmigrantes ilegales.

C. La L.O. 4/2000, reformada por la L.O. 8/2000 y L.O. 14/2003.

Se continuaban ampliando los derechos laborales de los inmigrantes irregulares y los derivados del contrato de trabajo.

La L.O. 4/2000, siguiendo ya una pauta habitual en la legislación anterior, establecía un principio genérico de igualdad entre españoles y extranjeros para posteriormente ir dirigiendo una serie de derechos específicos a favor de todos aquellos extranjeros que se encontraran en situación regular en España.

Aún con aquella idea ya preconcebida supuso un avance al introducir el derecho al trabajo y a la Seguridad Social, a la libertad de sindicación y huelga y al derecho de asistencia sanitaria a cualquier extranjero, sea o no regular o irregular. El único requisito que solicita para el uso y disfrute de dichos derechos era el hallarse inscrito en el Padrón Municipal de Habitantes lo que no precisa de la autorización de residencia.

Subrayable el art. 33 en el punto 3 al disponer: “la carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que diere lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”.

No se aclaraba con nitidez si estos derechos del contrato de trabajo y de la Seguridad Social incluía a todos los residentes: regulares o irregulares.

La Ley Orgánica 8/2000 pretendió poner luz en esta dicotomía de derechos de unos y otros pero hemos de reseñar que todo quedó en un espejismo por los que los recursos de constitucional fueron una solución donde no la había.

Podríamos establecer los siguientes derechos reconocidos por una y otra Ley Orgánica atendiendo a una enumeración articular para separar derechos de inmigrantes regulares e irregulares.

1. Derechos de los Inmigrantes Regulares:

- Libertad de circulación y residencia.
- Participación pública.
- Libertad de reunión y manifestación.
- Libertad de asociación.
- Educación no obligatoria.
- Otras enseñanzas.
- Docencia e investigación científica.

- Derecho al trabajo y a la Seguridad Social.
- Acceso al empleo público.
- Libertad de sindicación.
- Derecho a la huelga.
- Vivienda.
- Seguridad social y servicios sociales.
- Derecho a la intimidad familiar y reagrupación.
- Asistencia gratuita para todo tipo de procesos.

2. Derechos de todos los Inmigrantes, incluidos los Irregulares.

- Derecho a la documentación.
- Enseñanza básica, gratuita y obligatoria.
- Educación Infantil.
- Asistencia sanitaria.
- Servicios y prestaciones sociales básicas.
- Igualdad fiscal.
- Derechos bancarios.
- Tutela judicial efectiva.
- Derecho a los recursos administrativos.
- Asistencia jurídica gratuita, con intérprete para los procedimientos de entrada, expulsión o salida obligatoria.
- Prohibición de discriminaciones.

CAPÍTULO IV

DERECHOS LABORALES INDIVIDUALES DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES (II).

EL CONTRATO DE TRABAJO Y LAS NUEVAS MODALIDADES DE LA CONTRATACIÓN.

Sin perjuicio de la remisión expresa al tema que antecede, dado el carácter encadenado de la materia que ahora nos ocupa, vamos a enfocar aún más el estudio de los derechos laborales individuales para centrarnos en el contrato de trabajo y las posibles modalidades de contratación que se establecen en la normativa vigente y pueden desarrollar los inmigrantes irregulares.

EL CONTRATO DE TRABAJO.

Comenzar significando dos características típicas del contrato de trabajo de extranjeros: la temporalidad y la precariedad. No son circunstancias propias del derecho patrio mas, al contrario, se repite de forma sistemática en todos los ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno.

La primera se vincula a las distintas autorizaciones administrativas que se requieren –de residencia, de permanencia-, unidas al límite del tiempo que se supone que el extranjero va a permanecer en un país en concreto; la segunda, viene provocada por situaciones más estructurales: así, generalmente, la mano de obra inmigrante suele tener el carácter de no cualificada y en conjunción con las situaciones económicas reinantes es caldo de cultivo para que aquéllos presten el desempeño en actividades laborales que no quieren para sí los nativos, consecuentemente, de menor categoría profesional, salarios... unido a un mayor abuso por parte de los empresarios.

Pensemos que en muchas ocasiones el extranjero irregular no sólo aceptara aquellos trabajos “indeseados” sino que va a permitir, porque no les queda otro remedio, una explotación en sus condiciones laborales inimaginable para los nacionales o extranjeros en situación legal, entre otros causas por desconocimiento de sus derechos y, aunque los conozca meridianamente, por el miedo a que su ejercicio les puede colocar en una situación administrativa que les conlleve a la expulsión del territorio español. Si analizamos que actualmente se prevé la existencia de un 20% de economía sumergida en España, con unos 200.000 millones de euros que no afloran al control económico tributario, no nos es difícil atribular que una buena parte de aquella economía la presta el sector de la inmigración irregular (se calcula que entre un 60 al 80%, teniendo en cuenta

la poca fiabilidad de estos últimos datos por el mismo carácter de esta actividad).

La legislación postconstitucional sobre el contrato de trabajo se caracteriza por una serie de hitos o sucesiones histórico-jurídicas hasta llegar a la actualidad:

a) La Ley de 1 de Julio de 1985 (art 10 en relación con el 33), con una tesis que podíamos denominar de “clásica” mantuvo la nulidad del contrato de trabajo de los inmigrantes irregulares, nacida de la concepción de que si aquéllos se encontraban en situación ilegal el contrato de trabajo se viciaba de esta ilegalidad y se debía declarar nulo con la única posibilidad de reclamar los salarios adeudados por el trabajo prestado. Conjugaba el sentido de la Ley de 1985 con el Código Civil (art 6 en relación con el 1526) y el Estatuto de los Trabajadores (art. 7).

Si resulta realmente paradójico que pese a aquella tesis se permitía el acceso de estos inmigrantes irregulares a la legislación procesal laboral para poder reclamar los salarios debidos (art. 2 de la Ley de Procedimiento Laboral).

En esta etapa lo que se propiciaba era un favorecimiento aún mayor a la parte más poderosa de la relación laboral porque además podía en cualquier momento dar por terminado el contrato sin mayor temor que la reclamación de los salarios debidos. Aún se subyugaba más al trabajador irregular en la sumisión que ya, de por sí, era inadmisibile.

Pronto la jurisprudencia, especialmente la de los Tribunales Superiores de Justicia en recursos de suplicación que posteriormente fueron casadas ante el Tribunal Supremo, fueron encauzando estas situaciones con resoluciones que otorgaban mayor protección, con reconocimiento de mayores derechos laborales, a los irregulares.

b) Las leyes Orgánicas 4/2000, 8/2000 y 14/2003 (las dos últimas reformadoras de la primera; arts. 33 y posterior 36 de sus respectivos Cuerpos Legales), superan la anterior y otorgan una mayor tutela judicial efectiva al trabajador extranjero irregular, nivelando los derechos con el empleador. Ya no sólo se reconoce el derecho a los salarios dejados de percibir sino que se responsabiliza al empresario “en materia de seguridad social” y cuyo cambio más profundo supone el que “no se invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle”. Al empleador se le obliga a dar de alta la relación laboral solicitando la autorización administrativa del extranjero en situación irregular para poder trabajar.

El abandono de la tesis de la nulidad por la jurisprudencia ya es totalmente manifiesto y reconoce efectos jurídicos al contrato de trabajo y “siendo ello así, no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo...”.

Además el art. 36.3 ya no limita los derechos a ningún colectivo pues la protección de la tutela judicial efectiva se otorga a “todas las personas”.

c) La última reforma llevada a cabo por la L.O. 2/2009 continúa con la línea mantenida por la legislación referenciada en el apartado que antecede. Así en el apartado 5 del art. 36 dispone: “la carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculos para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores y otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero”. Su contenido es más explícito y de mayor comprensión que el del texto original ahora reformado, si bien hace una remisión un tanto indeterminada a qué convenios internacionales –y los derechos contemplados en los mismos- se está remitiendo (estamos ante una remisión genérica y en blanco). Igualmente deja muy claro que el reconocimiento de los derechos laborales no modifica la situación administrativa.

Añade un apartado 7 de interés al especificar que “no se concederá autorización para residir y realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional, a los extranjeros que en el marco de un programa de retorno voluntario a su país de origen, se hubieran comprometido a no retornar a España durante un plazo determinado en tanto no hubiera transcurrido dicho plazo”. Es un añadido obvio máxime en las circunstancias actuales donde se han efectuado ingentes gastos, con cargos presupuestarios, en políticas de retorno. No decir nada era tanto como facilitar el fraude en la práctica de una vuelta vulneradora de un compromiso previo (signifiquemos, eso es lo que pretende la ley lo que en la realidad ocurra es otra cuestión). No se indica nada del plazo del compromiso de no retorno, lo que imaginamos que se hará reglamentariamente, pero debió haberse previsto.

Claro, señalar, que es otra forma de facultar a los respectivos Gobiernos de cada momento a adoptar por vía reglamentaria el plazo que más se adapten a su política migratoria.

Se abre, por último, la posibilidad de que los trabajadores extranjeros participen en sociedades anónimas laborales y sociedades cooperativas. Habrá de estarse, igualmente, a su desarrollo reglamentario.

La normativa vigente, más profusamente la reglamentaria, ha establecido siempre

dos formas de acceso al mercado de trabajo de los extranjeros –en paridad con los españoles-: el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia, con un mayor recelo a esta segunda opción por tener un control más difuso para la Administración que la primera de las vías indicadas.

La redacción dada al art. 10 por la L.O. 2/2009 recoge aquellas formas de acceso al mercado laboral: “ 1. Los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente. 2. Los extranjeros podrán acceder al empleo público en los términos previstos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”. Se ha producido una modificación en el acceso al empleo público pues donde antes se hacía una remisión expresa a las condiciones de igualdad de otros nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y a los principios de igualdad, mérito y capacidad ahora se hace a una normativa en concreto, la Ley que regula el Estatuto Básico del Empleado Público. Además de una mayor concreción legislativa subrayar, grosso modo, que el extranjero puede acceder como personal laboral a cualquier Administración Pública pero, en principio, no podrá ingresar como funcionario público y, obviamente, esta denegación lo será de todo punto cuando aquella función pública esté revestida de “imperium” (Carrera Judicial, Fiscal, Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado...).

Visto lo anterior, pasaremos ahora al estudio de las modalidades de contratación.

MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

Seguiremos con el distinguo –como así lo hace la ley y la doctrina- entre trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia.

A) CUENTA AJENA

A.1.) De carácter temporal

Previamente, transcribiremos los requisitos legislativos comunes para cualquier este tipo de actividad.

Dispone el art 36 (redacción LO 2/2009): “1. Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos

excepcionales que se determinen reglamentariamente. 2. La eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se condicionará al alta del trabajador en la Seguridad Social. La Entidad Gestora comprobará en cada caso la previa habilitación de los extranjeros para residir y realizar la actividad. 3. Cuando el extranjero se propusiera trabajar por cuenta propia o ajena, ejerciendo una profesión para la que se exija una titulación especial, la concesión de la autorización se condicionará a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente y, si las Leyes así lo exigiesen, a la colegiación. 4. Para la contratación de un extranjero, el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que en todo caso deberá acompañarse del contrato de trabajo que garantice una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización. 5. La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero. 6. En la concesión inicial de la autorización administrativa para trabajar podrán aplicarse criterios especiales para determinadas nacionalidades en función del principio de reciprocidad. 7. No se concederá autorización para residir y realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional, a los extranjeros que, en el marco de un programa de retorno voluntario a su país de origen, se hubieran comprometido a no retornar a España durante un plazo determinado en tanto no hubiera transcurrido dicho plazo”.

En cuanto a los requisitos de residencia y otras autorizaciones administrativas (plazos, documentación, etc) habrá de estarse en primer lugar, a lo dispuesto en la nueva regulación establecida en la L.O. 2/2009 y, muy especialmente, a lo establecido en sus disposiciones adicionales y finales; en lo allí no contemplado y hasta tanto se apruebe, publique y entre en vigor una nueva disposición reglamentaria más acorde con la nueva legislación, a lo preceptuado en el Reglamento 2393/2004, de 30 de Diciembre, en aquello que no contradiga a la ley orgánica vigente. Destacar que se ha comenzado a dar participación en esta materia a las Comunidades Autónomas cuando antes no se hacía mención alguna a estos entes territoriales. Simplemente, significarlo, al no poder detenernos más en este análisis para centrarnos más al contenido del presente tema.

A la generalidad de los requisitos expuestos con anterioridad le suceden otros de índole más específica que deberán ser tenidos en cuenta por las autoridades administrativas a efectos de conceder o no la correspondiente autorización.

Señalaremos:

Para la concesión inicial de la autorización de residencia y trabajo, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo.

La situación nacional de empleo será determinada por el Servicio Público de Empleo Estatal con la información proporcionada por las Comunidades Autónomas y con aquella derivada de indicadores estadísticos oficiales y quedará plasmada en el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura. Dicho catálogo contendrá una relación de empleos susceptibles de ser satisfechos a través de la contratación de trabajadores extranjeros y será aprobado previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración. Igualmente, se entenderá que la situación nacional de empleo permite la contratación en ocupaciones no catalogadas cuando de la gestión de la oferta se concluya la insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles. Reglamentariamente se determinarán los requisitos mínimos para considerar que la gestión de la oferta de empleo es considerada suficiente a estos efectos.

El procedimiento de concesión de la autorización de residencia y trabajo inicial, sin perjuicio de los supuestos previstos cuando el extranjero que se halle en España se encuentre habilitado para solicitar u obtener una autorización de residencia y trabajo, se basará en la solicitud de cobertura de un puesto vacante, presentada por un empresario o empleador ante la autoridad competente, junto con el contrato de trabajo y el resto de documentación exigible, ofrecido al trabajador extranjero residente en un tercer país. Verificado el cumplimiento de los requisitos, la autoridad competente expedirá una autorización cuya eficacia estará condicionada a que el extranjero solicite el correspondiente visado y que, una vez en España, se produzca el alta del trabajador en la Seguridad Social.

El empresario o empleador estará obligado a comunicar el desistimiento de la solicitud de autorización si, mientras se resolviera la autorización o el visado, desapareciera la necesidad de contratación del extranjero o se modificasen las condiciones del contrato de trabajo que sirvió de base a la solicitud. Asimismo, cuando el extranjero habilitado se hallase en España deberá registrar en los Servicios Públicos de Empleo el contrato de trabajo que dio lugar a la solicitud y formalizar el alta del trabajador en la Seguridad Social, y si no pudiera iniciarse la relación laboral, el empresario o empleador estará obligado a comunicarlo a las autoridades competentes.

La autorización inicial de residencia y trabajo se limitará, salvo en los casos previstos por la Ley y los Convenios Internacionales firmados por España, a un determinado territorio y ocupación. Su duración se determinará reglamentariamente.

La autorización de residencia y trabajo se renovará a su expiración:

a. Cuando persista o se renueve el contrato de trabajo que motivó su concesión inicial, o cuando se cuente con un nuevo contrato.

b. Cuando por la autoridad competente, conforme a la normativa de la Seguridad Social, se hubiera otorgado una prestación contributiva por desempleo.

c. Cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral.

d. Cuando concurren otras circunstancias previstas reglamentariamente, en particular, los supuestos de extinción del contrato de trabajo o suspensión de la relación laboral como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

A partir de la primera concesión, las autorizaciones se concederán sin limitación alguna de ámbito geográfico u ocupación.

La concesión de la autorización inicial de trabajo, en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de residencia, corresponderá a las Comunidades Autónomas de acuerdo con las competencias asumidas en los correspondientes Estatutos”.

Reiterar las adiciones llevadas a cabo por la legislación vigente, esto es, a saber:

a) la autorización de trabajo y residencia se concederán conjuntamente. Requisito que había sido reclamado por más de un autor ya que facilita la tramitación burocrática y garantiza el ejercicio menos gravoso de esta documentación tanto al empresario como al trabajador (llegado el supuesto legal en que se faculte a aquél para la tramitación).

b) El acompañamiento a la documentación del apartado a) del contrato de trabajo que garantice una actividad continuada durante el período de vigencia de la autorización.

c) Los puntos 2, 3, 4, 5 y 8 de los requisitos específicos anteriores son totalmente novedosos y han sido la plasmación de llevanza normativa de los estudios doctrinales al efecto emitidos.

d) Se han introducido los supuestos de extinción del contrato laboral o suspensión de la relación laboral para las mujeres víctimas de violencia de género. Ver art. 31 bis de la L.O. 2/2009 en cuanto a los permisos de residencia y trabajo de este nuevo colectivo y los beneficios que se les otorgan.

A.2. De Duración Determinada

Circunscritos a las siguientes actividades:

- Trabajadores de Temporada o Campaña:

El Gobierno regulará reglamentariamente la autorización de residencia y trabajo para los trabajadores extranjeros en actividades de temporada o campaña que les permita la entrada y salida del territorio nacional, así como la documentación de su situación, de acuerdo con las características de las citadas campañas y la información que le suministren las Comunidades Autónomas donde se promuevan.

Para conceder las autorizaciones de residencia y trabajo deberá garantizarse que los trabajadores temporeros serán alojados en condiciones de dignidad e higiene adecuadas.

Las Administraciones públicas promoverán la asistencia de los servicios sociales adecuados.

Las ofertas de empleo de temporada se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos migratorios.

Las Comunidades Autónomas, los Ayuntamientos y los agentes sociales promoverán los circuitos que permitan la concatenación de los trabajadores de temporada, en colaboración con la Administración General del Estado.

Reglamentariamente se determinarán las condiciones para que los trabajadores en plantilla de una empresa o grupo de empresas que desarrollen su actividad en otro país puedan ser autorizados a trabajar temporalmente en España para la misma empresa o grupo.

- Régimen Especial de los Investigadores

Tendrá la consideración de investigador el extranjero cuya permanencia en España tenga como fin único o principal realizar proyectos de investigación, en el marco de un convenio de acogida firmado con un organismo de investigación.

Las entidades dedicadas a la investigación, públicas o privadas, que cumplan las condiciones previstas reglamentariamente, podrán ser autorizadas por el Estado o por las Comunidades Autónomas, según corresponda, como organismos de investigación para acoger a investigadores extranjeros. Esta autorización tendrá una duración mínima de cinco años, salvo casos excepcionales en que se otorgará por un período más corto. Si transcurrido el plazo máximo no se hubiera notificado resolución expresa legítima al interesado, la solicitud deducida por éste se entenderá desestimada por silencio administrativo.

Reglamentariamente se determinarán los requisitos para la firma del convenio de acogida entre el investigador y el organismo de investigación y las condiciones del

proyecto de investigación.

La situación del extranjero en régimen de investigador será la de autorización de residencia y trabajo, que se renovará anualmente si el titular sigue reuniendo las condiciones establecidas para la expedición de la autorización inicial.

Los extranjeros admitidos con estos fines podrán impartir clases o realizar otras actividades compatibles con su actividad principal de investigación, con arreglo a la normativa en vigor.

El organismo de investigación deberá informar cuanto antes, a la Autoridad que concedió la autorización de residencia y trabajo, de cualquier acontecimiento que impida la ejecución del convenio de acogida.

Todo extranjero admitido en calidad de investigador en otro Estado miembro de la Unión Europea que solicite realizar parte de su investigación en España durante un periodo superior a tres meses podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo y obtenerla si reúne los requisitos reglamentarios para ello, no siendo exigible el visado, pero pudiendo exigirse un nuevo convenio de acogida.

Una vez finalizado el convenio de acogida, o resuelto por causas no imputables al investigador establecidas reglamentariamente, tanto el investigador como los familiares reagrupados podrán ser autorizados para residir y ejercer una actividad lucrativa sin necesidad de un nuevo visado.

- Profesionales Altamente Cualificados

Se considerará profesional altamente cualificado a los efectos de este artículo a quienes acrediten cualificaciones de enseñanza superior o, excepcionalmente, tengan un mínimo de cinco años de experiencia profesional que pueda considerarse equiparable, en los términos que se determinen reglamentariamente.

Los profesionales altamente cualificados según este artículo obtendrán una autorización de residencia y trabajo documentada con una tarjeta azul de la UE.

Para la concesión de las autorizaciones destinadas a profesionales altamente cualificados podrá tenerse en cuenta la situación nacional de empleo, así como la necesidad de proteger la suficiencia de recursos humanos en el país de origen del extranjero.

El extranjero titular de la tarjeta azul de la UE que haya residido al menos dieciocho meses en otro Estado miembro de la Unión Europea, podrá obtener una autorización en España como profesional altamente cualificado. La solicitud podrá presentarse en España, antes del transcurso de un mes desde su entrada, o en el Estado miembro donde se halle

autorizado. En caso de que la autorización originaria se hubiera extinguido sin que se haya resuelto la solicitud de autorización en España, se podrá conceder una autorización de estancia temporal para el extranjero y los miembros de su familia.

Si se extinguiese la vigencia de la autorización originaria para permanecer en España o si se denegase la solicitud, las autoridades podrán aplicar las medidas legalmente previstas para tal situación. En caso de que procediese su expulsión ésta se podrá ejecutar conduciendo al extranjero al Estado miembro del que provenga. Reglamentariamente se determinarán los requisitos para la concesión y renovación de la autorización de residencia y trabajo.

Régimen Especial para realización de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado.

Podrá ser autorizado, en régimen de estancia, el extranjero que tenga como fin único o principal realizar una de las siguientes actividades de carácter no laboral:

- a. Cursar o ampliar estudios.
- b. Realizar actividades de investigación o formación, sin perjuicio del régimen especial de los investigadores regulado en el apartado que antecede y al que nos remitimos.
- c. Participar en programas de intercambio de alumnos en cualesquiera centros docentes o científicos, públicos o privados, oficialmente reconocidos.
- d. Realizar prácticas.
- e. Realizar servicios de voluntariado.

La vigencia de la autorización coincidirá con la duración del curso para el que esté matriculado, de los trabajos de investigación, del intercambio de alumnos, de las prácticas o del servicio de voluntariado.

La autorización se prorrogará anualmente si el titular demuestra que sigue reuniendo las condiciones requeridas para la expedición de la autorización inicial y que cumple los requisitos exigidos, bien por el centro de enseñanza o científico al que asiste, habiéndose verificado la realización de los estudios o los trabajos de investigación, bien por el programa de intercambio o voluntariado, o centro donde realice las prácticas.

Los extranjeros admitidos con fines de estudio, prácticas no laborales o voluntariado podrán ser autorizados para ejercer una actividad retribuida por cuenta propia o ajena, en la medida en que ello no limite la prosecución de los estudios o actividad asimilada, en los términos que reglamentariamente se determinen.

La realización de trabajo en una familia para compensar la estancia y

mantenimiento en la misma, mientras se mejoran los conocimientos lingüísticos o profesionales se regulará de acuerdo con lo dispuesto en los acuerdos internacionales sobre colocación au pair.

Se facilitará la entrada y permanencia en España, en los términos establecidos reglamentariamente, de los estudiantes extranjeros que participen en programas de la Unión Europea destinados a favorecer la movilidad con destino a la Unión o en la misma.

Todo extranjero, admitido en calidad de estudiante en otro Estado miembro de la Unión Europea, que solicite cursar parte de sus estudios ya iniciados o completar éstos en España podrá solicitar una autorización de estancia por estudios y obtenerla, si reúne los requisitos reglamentarios para ello, no siendo exigible el visado.

A fin de que todo extranjero admitido en calidad de estudiante en España pueda solicitar cursar parte de sus estudios ya iniciados o completar éstos en otro Estado miembro de la Unión Europea, las Autoridades españolas facilitarán la información oportuna sobre la permanencia de aquél en España, a instancia de las Autoridades competentes de dicho Estado miembro.

Se someten al régimen de estancia previsto en este apartado los extranjeros que cursen en España estudios de formación sanitaria especializada de acuerdo con la Ley 44/2003, de 11 de noviembre, de profesiones sanitarias, salvo que ya contaran con una autorización de residencia previamente al inicio de los mismos, en cuyo caso podrán continuar en dicha situación.

- Régimen Especial de los Trabajadores Transfronterizos y prestación transnacional de servicios.

Se definen como trabajadores transfronterizos a los trabajadores extranjeros que, residiendo en la zona limítrofe, desarrollen su actividad en España y regresen a su lugar de residencia diariamente deberán obtener la correspondiente autorización administrativa, con los requisitos y condiciones con que se conceden las autorizaciones de régimen general, siéndoles de aplicación en cuanto a los derechos de seguridad social lo establecido en la ley.

Reglamentariamente se establecerán las condiciones para la autorización de residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, de acuerdo con la normativa vigente (generalmente se concede por períodos de cinco años y renovable mientras su titular continúe en activo desempeñando la actividad laboral para la que le fue concedida).

Para FINALIZAR este apartado es necesario y conveniente aludir a que la L.O.

2/2009 en relación con la L.O. 4/2000 ha regulado los supuestos específicos de exención de la situación nacional de empleo y excepciones a la autorización de trabajo, concretamente en los arts. 40 y 41 respectivamente, a los que hago remisión expresa para aquel interesado que quiere tener un conocimiento más profuso y profundo del tema.

B. CUENTA PROPIA (TRABAJADOR AUTÓNOMO)

Tal figura esta recogida en el art. 37 de la L.O. 2/2009 que ha dado nueva formulación, con ampliación de la anterior, que hizo en su momento la L.O. 4/2000.

Establece al efecto:

Para la realización de actividades económicas por cuenta propia habrá de acreditarse el cumplimiento de todos los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada, así como los relativos a la suficiencia de la inversión y la potencial creación de empleo, entre otros que reglamentariamente se establezcan.

La autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta propia se limitará a un ámbito geográfico no superior al de una Comunidad Autónoma, y a un sector de actividad.

Su duración se determinará reglamentariamente.

La concesión de la autorización inicial de trabajo, en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de residencia, corresponderá a las Comunidades Autónomas de acuerdo con las competencias asumidas en los correspondientes Estatutos.

A los anteriores requisitos habrán de adicionarse:

Residir legalmente en España, con pasaporte o documento de viaje en vigor.

Carecer de antecedentes penales tanto en España como en el país de nacimiento como en aquellos donde haya permanecido con anterioridad.

Poseer la cualificación profesional exigible o experiencia acreditada suficiente para el desarrollo de la actividad profesional para la que solicita la autorización.

Colegiación y, en su caso y previamente, homologación de títulos o estudios necesarios.

Acreditar inversión económica suficiente y necesaria para el desarrollo de la actividad o, en su caso, contar con el apoyo a tal fin de entidades financieras.

Proyecto de la actividad a realizar.

Obtener las licencias administrativas oportunas de instalación, apertura o funcionamiento de establecimientos o actividad.

Certificación sanitaria de no padecer enfermedad contagiosa o de otro tipo que

conlleven la posibilidad de establecer un período de cuarentena.

CAPÍTULO V

DERECHOS LABORALES INDIVIDUALES DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES (III). LA SEGURIDAD SOCIAL

Hemos relatado, y ya debe haber quedado asentado en nuestros conocimientos, los derechos laborales individuales que tiene todo trabajador extranjero, especialmente el más desprotegido –el irregular-, en relación con la eficacia del contrato de trabajo y, consiguientemente, sus derechos a las prestaciones de la Seguridad Social derivadas de aquella relación laboral.

Es el momento ahora de estudiar concretamente el apartado de los derechos a prestaciones de la Seguridad Social que tienen los inmigrantes irregulares.

- MODALIDAD CONTRIBUTIVA.

La Ley General de la Seguridad Social establece el campo de aplicación de nuestro sistema de protección social, en la modalidad contributiva, a los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España equiparándolos en este punto a los españoles, sin que quepa discriminación alguna por su nacionalidad.

Antes ya existía una equiparación plena y no sometida a condición alguna con los trabajadores extranjeros de procedencia hispanoamericana, portuguesa, brasileña, filipina o andorrana residentes, a la que se unieron los nacionales de Guinea Ecuatorial.

Pese a este requisito de residencia o permanencia legal en España por cualquier motivo, la jurisprudencia reconocía en los supuestos de nulidad o ineficacia del contrato laboral (más paradójico el primero de los supuestos) la obligación de cotizar de los empresarios responsables de no haber dado de alta ni cotizado por los inmigrantes irregulares con quienes les unía una relación laboral.

Para resolver esta situación se formula el art. 7 de la LGSS por Ley 13/1996 y ahora sólo se vincula la inclusión del extranjero en la acción protectora de la Seguridad Social a su presencia en nuestro país, desligándose así de que trabaje o no. La irregularidad desde el punto de vista estrictamente laboral no le excluía de aquella protección. Esto lo confirma aún más el hecho de la remisión de aquel precepto al art. 1 del Estatuto de los Trabajadores donde no se exige permiso de trabajo.

Además resultaría cuanto menos chirriante que por mor de la aplicación de la normativa española se pudiera llegar al hecho de no reconocer estos derechos al trabajador por cuenta ajena y sí al trabajador por cuenta propia cuya regulación no le

excluía de aquellas prestaciones.

A mayor abundamiento, si se excluye a los trabajadores en situación irregular en lo que respecta al sistema protector de la Seguridad Social se favorece aún más al empresario al no tener que cotizar ni dar de alta a un trabajador que le presta sus servicios laborales sin que le genere ningún tipo de responsabilidad en esta materia (a salvo queda las relativas a contingencias profesionales, como ya estudiaremos).

Una puntualización antes de entrar en debate: la asistencia sanitaria de urgencia (con grave riesgo para la vida o la integridad física) tiene el carácter de universal en la legislación española, o sea, que se reconocerá y facilitará a españoles y extranjeros, cualquiera que sea la condición de éstos en relación con su estancia en nuestro territorio.

La nueva legislación de extranjería formada por la Ley Orgánica 4/2000 (modificada por las L.O. 8/2000, 14/2003 y 2/2009) establece, en relación con este tema, los siguientes preceptos:

Art 10: Derecho al trabajo y a la Seguridad Social.

“Los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente”.

Al utilizar el sustantivo “residente” deja fuera de la órbita de su alcance al extranjero en situación irregular pues deben reunir los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen como elemento necesario para tener acceso al sistema de la Seguridad Social. Esta remisión nos reenvía a los arts. 12 y 14 del mismo Cuerpo Legal donde se dispone:

Art. 12: Derecho a la asistencia sanitaria.

“Los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.

Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tienen derecho a la

asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto”

Art 14: Derecho a la Seguridad Social y a los Servicios Sociales.

“Los extranjeros residentes tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles. En cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico.

Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas”.

Conjugándolos con el art. 36 de la misma norma, en lo que interesa: “La eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se condicionará al alta del trabajador en la Seguridad Social. La Entidad Gestora comprobará en cada caso la previa habilitación de los extranjeros para residir y realizar la actividad.

La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo”.

Todos estos contenidos nos van a permitir un estudio conjunto y en los correspondientes apartados de los requisitos y colectivos humanos a que hace referencia.

De este modo comenzaremos nuestro análisis:

- Las cotizaciones efectuadas en España y en el extranjero. Sus efectos.

La STS de 5 de Mayo de 1997 trató esta cuestión aplicando el principio “prorrata temporis”, esto es, el pago de la pensión se calcula en proporción al tiempo cotizado en cada país y a partir de ahí se distribuye la obligación en proporción entre las entidades gestoras que tengan asumidas esta competencia en cada Estado. Cada una de ellas calculará la cantidad a que está obligada al pago y la abonará.

Cada país abonará en relación a las cotizaciones efectuadas en el mismo lo que conlleva a que, llegado el caso, la entidad gestora española no está obligada a la satisfacción completa de la pensión que resulte de la suma de los totales, porque cada

Estado asume su porcentaje.

- La asistencia sanitaria de algunos colectivos específicos de extranjeros.

Estamos en una diatriba jurídica pues si lo relacionamos con el art. 38 de la LGSS puede provocar una problemática de muy difícil solución.

En efecto el art. 38 de la LGSS comprende la asistencia sanitaria en casos de maternidad, de enfermedad común y de accidentes, sean o no de trabajo incluyendo este beneficio a los familiares y asimilados.

Si el concepto de familia queda limitado por las normas del Código Civil no así el de “asimilados”. Ya tuvo ocasión de pronunciarse el TC sobre este derecho que concedió a una pareja de hecho y ello llevó al Ministerio de Trabajo a reconocérselo a tal grupo así como al que compone la familia tradicional. Y es en este punto donde surge la controversia dado que nos vamos a encontrar con extranjeros cuyas costumbres, religiones o legalidad nacional comprenden dentro de la familia tradicional supuestos no previstos en la legislación española (poligamia, matrimonio múltiples...). No son situaciones hipotéticas o meramente enunciativas, es que se están dando ya y sería bueno que el legislador previera estas situaciones porque los costos y gastos al sistema pueden ser ingentes.

Centrándonos en los citados en los arts 12 y 14 encontramos los siguientes:

1. Extranjeros que se encuentren en España inscritos en el Padrón del municipio donde residan habitualmente.

Tienen derecho a la asistencia sanitaria solamente en casos de accidente o de urgencia, hasta su alta médica.

2. Menores de 18 años.

Reciben el mismo trato que los españoles.

3. Discapacitados.

Idem al número anterior.

4. Restantes extranjeros que se encuentren en España

Tienen igualmente reconocido el derecho a la asistencia sanitaria de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea la causa y la continuidad de la misma hasta su alta.

5. Mujeres extranjeras embarazadas que se encuentren en España

Tienen, asimismo, reconocido el derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.

6. Mujeres extranjeras víctimas de violencia de género.

Es un colectivo introducido por la L.O. 2/2009 y la remisión que se hace es a la Ley Integral de Violencia de Género, Ley 1/2004, por lo que de su tratamiento conjunto nos remitiría a los derechos del punto 4 o 5 que anteceden, según los casos.

- Requisitos para el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social

El artículo 10, que ya transcribimos en su momento, prescribe a los extranjeros para tener acceso al sistema de la Seguridad Social en el desarrollo de una actividad remunerada por cuenta propia o ajena reunir los requisitos legales conforme a la legislación vigente.

El art. 32 por su parte al tratar de la residencia de larga duración (antes permanente) define la misma como aquella situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles.

Tendrán derecho a residencia de larga duración los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada, que reúnan las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

A los efectos de obtener la residencia de larga duración computarán los periodos de residencia previa y continuada en otros Estados miembros, como titular de la tarjeta azul de la UE.

Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente el extranjero haya abandonado el territorio nacional temporalmente.

Los extranjeros residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea podrán solicitar por sí mismos y obtener una autorización de residencia de larga duración en España cuando vayan a desarrollar una actividad por cuenta propia o ajena, o por otros fines, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

El problema surge, como casi siempre, con los inmigrantes irregulares.

No hay un pronunciamiento unánime ni por parte de los autores ni por parte de la jurisprudencia, es más, se han dado soluciones no sólo distintas sino incluso contradictorias. Se mantiene la interpretación a la que hicimos, en su momento sobre la nulidad y eficacia de los contratos de trabajo, y así encontramos desde las que no conceden derecho a prestaciones de la seguridad social (salvo las básicas por contingencias profesionales y de urgencia que ya trataremos), hasta las que reconocen prestaciones por contingencia comunes. Es más, encontramos jurisprudencia que admite y reconoce el derecho al desempleo.

Antes de finalizar este apartado mencionar que habrá de estarse a los Convenios y Tratados de los que sea parte España y a la regulación en los mismos del derecho y

reconocimiento de prestaciones de la Seguridad Sociales de los nacionales de los Estados firmantes.

Haremos mención como colofón a este epígrafe y para que el lector comprenda la confusión que se genera en multitud de ocasiones sobre la normativa a aplicar en esta materia a que el Acuerdo Bilateral entre España y Marruecos no reconoce el derecho a las prestaciones sanitarias de los marroquíes en territorio español pero dado que hay otro Acuerdo Multilateral entre la Unión Europea y Marruecos donde se reconocen aquellos derechos, pues obviamente el marroquí los podría disfrutar en España al serles reconocido por otro Tratado distinto al bilateral.

- MODALIDAD NO CONTRIBUTIVA

Al igual que la modalidad contributiva del sistema de la Seguridad Social tiene su base en la solidaridad entre generaciones con aportaciones que cubran aquellas prestaciones, la modalidad no contributiva tiene su fundamento en el sistema impositivo de los que participan y los que contribuyen al mismo en cada momento.

La modalidad no contributiva sólo estaba prevista para los españoles y por equiparación a los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos, filipinos y guineanos que debían reunir, además, todos los requisitos legalmente previstos para cada prestación (invalidéz y jubilación).

También quedaban asimilados a los españoles los ciudadanos comunitarios.

Con respecto al resto de ciudadanos extranjeros habría de estarse a los Acuerdos, Convenios o Tratados Internacional que España o la Unión Europea (siempre que en este último caso también se ampliara su aplicación a España) ratificados, firmados o suscritos por nuestro país. De no existir aquellos instrumentos normativos internacionales se acudiría el principio de reciprocidad porque de no constar en ninguno de estos medios, estos individuos carecerían de todo derecho a prestaciones de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva.

A tal conclusión nos lleva el art. 14 de la Ley Orgánica 4/2000,, redacción vigente al requerir siempre el requisito de la residencia para todos los extranjeros salvo los supuesto de su último inciso, es decir, el derecho de todos a las prestaciones sociales básicas.

Ha planteado un intrínquilis los nacionales de Marruecos (puede que extensible a argelinos y tunecinos) dado la previsión del art 41 del Reglamento 2211/78/CEE que aprobó el Acuerdo de Cooperación Marruecos/CEE y reconocía el derecho a dichas prestaciones no contributivas cuando aquellos de sus nacionales hubieran trabajado y

residido legalmente en España durante los oportunos períodos (reiteramos la observación que hicimos sobre que este Acuerdo dejaba sin efecto, más bien completaba lo que no regulaba, el celebrado entre España y Marruecos en 1982).

- PRESTACIÓN POR DESEMPLEO.

Se reconocen por la legislación española un nivel asistencial de desempleo formado por la prestación y reconocimiento de aquel derecho que está sometido a la necesidad vinculante de tener cubiertos determinados períodos de cotización conforme establezca el Régimen General de la Seguridad Social o algunos Regímenes Especiales.

Donde vuelve a surgir el conflicto es en los subsidios de desempleo que no precisa ningún tipo de contribución al sistema. Aunque en principio, generalmente, se ha negado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea analizando caso a caso ha terminado por reconocerlos en algunos supuestos muy concretos siguiendo una línea flexible y humanizadora al interpretar los requisitos para recibir y tener derecho a este subsidio. Repito, se estará al caso concreto con la generalización negativa que hemos dejado subrayada.

- PRESTACIONES POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES.

Desde la ratificación por España del Convenio OIT n 19, allá por el año 1925, y su entrada en vigor el 22 de Febrero de 1929, se reconocía la igualdad de trato a los extranjeros en materia indemnizatoria derivada de accidentes de trabajo tanto a ellos mismos como a sus derechohabientes, sin ninguna condición de residencia.

Tuvo su transposición en la normativa de la Seguridad Social española al incluirse con derecho a las prestaciones de aquél sistema, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, los extranjeros que desempeñen en nuestro país una actividad profesional en las mismas condiciones que los españoles. En aquella protección y prestaciones se declaraba al extranjero en situación irregular y, aunque en principio, por los Juzgados de lo Social y Tribunales Superiores de Justicia se negó esta ampliación a los inmigrantes irregulares, fue aceptada y reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y reflejada en el texto de la normativa actualmente en vigor.

- CONCLUSIONES

Tomaré prestadas aquéllas a las que se llegó en el XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Santander en Junio de 2001:

“El nuevo marco legal de la inmigración y la extranjería supone un considerable avance en la protección de la situación jurídica y del estatuto laboral del inmigrante extracomunitario. Las legislaciones laboral y de seguridad social, en cuanto legislaciones para la inmigración, aseguran al inmigrante la igualdad salarial y de las condiciones de trabajo, la apertura a los derechos colectivos y a los instrumentos de autotutela, así como la protección social a aquéllos y a sus familias.

Las cláusulas de igualdad de trato y de no discriminación, en particular, abren nuevas perspectivas de acceso al empleo, antes vedados. La tutela judicial efectiva abre la vía del acceso generalizado a la justicia laboral.

Mientras que los derechos colectivos difícilmente pueden frenarse ante la situación de los trabajadores y personas inmigrantes en posición formal irregular (como así ha sido).

La nacionalidad del trabajador es irrelevante de por sí para determinar la aplicación del Derecho del Trabajo español al contrato de trabajo que se celebra y ejecuta en España, y el hecho de que el trabajador tenga nacionalidad extranjera no determina una conexión internacional del negocio jurídico laboral. Se trata siempre de contratos de trabajo españoles sometidos al ordenamiento laboral español, aún en las situaciones de irregularidad formal.

Las desigualdades existentes entre los regímenes de protección social de los ciudadanos de terceros países, en el ámbito de la Unión Europea, hacen imprescindible el desarrollo y consolidación de la política migratoria común que conduzca a una reforma ampliatoria...sólo de este modo se dotará de efectos eficaces a la protección social de los inmigrantes extracomunitarios.

Las lagunas existentes en el sistema de seguridad social en materia de cotización, responsabilidad por prestaciones y régimen jurídico prestacional haría aconsejable una reforma que clarificara la protección contributiva de los inmigrantes en situación de irregularidad formal, avanzado en el proyecto de establecer un estatuto social a su favor.

CAPÍTULO VI

DERECHOS LABORALES COLECTIVOS DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES. LA SINDICACIÓN Y LA HUELGA

I. INTRODUCCIÓN.

La jurisprudencia constitucional española, a partir de la sentencia 107/1984, de 23 de Noviembre, hizo una triple distinción de derechos en relación con su pertenencia a los españoles o extranjeros:

a) Derechos políticos, de los que no eran detentadores los extranjeros sino exclusivamente los españoles ya que dependían de la ciudadanía y esta condición no la tenían aquéllos (entendida en sentido político) y, por tanto, no pueden participar en los asuntos públicos y tener representación política.

b) Derechos inherentes a la dignidad de la persona, y dado su carácter de inviolables pertenecen a todas las personas, tanto extranjeras como españolas, pues son garantía de la dignidad del individuo. Se incluyen dentro de este ámbito el derecho a la vida y a la integridad física y moral, el derecho al honor, el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, a la intimidad personal, familiar y la propia imagen, la tutela judicial efectiva, libertad personal y de seguridad, libertad de expresión, igualdad

Se diferenciaban en estos dos grupos de derechos los que se denominan derechos humanos universales (los del apartado b) de denominados políticos específicos que dimanaban de la ciudadanía y más exactamente de la pertenencia a una comunidad nacional determinada.

c) Por último, existe un tercer grupo de derechos que pertenecen o no a los extranjeros en función de lo que disponga una ley o un tratado.

Entre los más característicos de este grupo citamos los derechos de reunión, sindicación y huelga. También deberíamos incluir como tales el derecho al trabajo.

Esta doctrina de los “tres tercios” no es cerrada y hermenéutica y el propio Tribunal Constitucional reconoce que los derechos que se reconocen a los españoles no impiden que los puedan detentar quienes no tengan esta nacionalidad, sino que permite su modulación, restricción o limitación.

La cerrazón de la jurisprudencia constitucional no casaba con lo preceptuado en Convenios Internacionales donde los derechos de sindicación y huelga poder ser ejercicios por cualquier persona. En este sentido encontramos la Declaración Universal de

los Derechos Humanos (con entidad generalista) y el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo nº 87 (más propiamente, dentro del mundo del derecho laboral).

Podríamos añadir un cuarto grupo, no incluido en aquella teoría ya clásica de los “tres tercios” y que donde situaríamos derechos que por lo general están limitados tanto a los propios españoles como aún más, por su contenido, a los extranjeros. De esto modo referimos el derecho a la defensa, la seguridad nacional, el orden público.

Con estas premisas es un hecho incontestable a lo largo de la evolución de la inmigración que se ha pretendido desde siempre ampliar aquellos derechos en principio derivados de la ciudadanía (y, consiguientemente, reducido al campo de los nacionales propios) hacia los extranjeros, apoyándose primariamente en la dignidad e igualdad como derechos de todos los seres humanos y a partir de aquí aproximarse a los derechos laborales colectivos.

Con esta introducción tan telegráfica pasamos a analizar las etapas legislativas patria hasta la situación actual, dividiéndola en los siguientes apartados:

- La legislación de extranjería de la década de los 80.

Principió con la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Trató la inmigración de forma individualista y olvidó o impidió concebirla como fenómeno colectivo y, de esta manera, detentadores sus componentes de derechos colectivos de trabajo.

Tampoco quiso ver la inmigración como una situación de futuro sino eminentemente pasajera y transitoria. Era una legislación “autorizatoria” en el sentido de que hacía falta autorización o permiso para casi todas las actividades y, dentro de éstas, el trabajo y el empleo. El trabajo no autorizado no generaba derechos y los contratos celebrados sin aquellas autorizaciones se consideraban nulos a salvo de los derechos remuneratorios. Sólo si el extranjero estaba en situación legal en España podía afiliarse a un sindicato español y ejercer los demás derechos colectivos tales como la libertad sindical como la huelga. También se reconoció la posibilidad de fundar y constituir sindicatos y participar como electores y elegibles en las representaciones sindicales. Aún así, ejercitar el derecho de huelga por un trabajador, aunque estuviera en situación legal, le podría suponer una vulneración del orden público que, en determinados plazos le podría suponer o castigar con la expulsión del territorio español. Aunque serían unos supuestos muy raros de producirse lo cierto es que podían darse por remotos que se consideraran.

- La primera legislación del año 2000.

La Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España

y su integración social derogó la L.O. 7/1985 garantiza “la aplicación del principio de igualdad en cualquiera de los terrenos que conforman...el entorno laboral”.

El artículo 11 reguló los derechos de libertad sindical y de huelga, estableciendo que los extranjeros que estén en España tendrán el derecho de sindicación y huelga en las mismas condiciones que los trabajadores españoles. El derecho del trabajo no permitiría discriminación.

En el mismo sentido y haciéndolo más extensible el art. 33 – posterior 36 en reformas ulteriores- reconoce este derecho del inmigrante irregular con plenitud de efectos laborales. De su conjugación con el art. 4 del Estatuto de los Trabajadores encuadraban esta catalogación los derechos laborales básicos (entre ellos, sindicación y huelga). El inmigrante irregular no podía ser castigado con la privación de derechos laborales de los que son detentadores los españoles.

La Ley Orgánica 8/2000, consecuencia política de un cambio de gobierno en la nación, supuso un paso atrás y una restricción de derechos fundamentales para los trabajadores, especialmente el colectivo en situación irregular.

Del planteamiento universalista de la legislación internacional que había tenido en cuenta la anterior L.O. 4/2000 se pasa, sin solución de continuidad –vía reforma legislativa- a una postura restrictiva donde sólo se reconoce un criterio interpretativo general en materia de derechos laborales, dado que se establece una distinción entre la titularidad y el ejercicio de los derechos. Los extranjeros sólo tendrán derechos colectivos de trabajo si obtienen la autorización de residencia o estancia en España y la de trabajo para poder ejercitar el derecho de huelga. La nueva normativa impide la vertiente individual de estos derechos colectivos y fue profunda y profusamente criticado por ello.

Los derechos laborales colectivos estaban siempre en situación latente pendiente de ostentar y obtener los correspondientes tipos de permisos y autorizaciones administrativas.

Se interpusieron recursos de inconstitucionalidad por la limitación de los derechos laborales colectivos en el sentido que hemos expuesto.

- Las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007 y 259/2007. La Ley Orgánica 2/2009.

Los recursos interpuestos fueron resueltos en ocho sentencias dictadas entre los meses de Noviembre y Diciembre del año 2007.

Hubo una sentencia base, la STC 236/2007, cuya ponente era la presidenta del aludido Tribunal. Por medio de ella se corrige el marco restrictivo de derechos de los

inmigrantes llevado a cabo por la L.O. 8/2000. Otra segunda sentencia que podíamos definir como guía supuso la nº 259/2007.

La conclusión fue tajante: la inconstitucional de la L. O. 8/2000 en la regulación que hace de los derechos de libertad sindical y de huelga.

Las dos sentencias constitucionales establecieron una diferencia relevante sobre tal declaración:

- La STC 236/2007 declaraba la inconstitucionalidad del art. 11 de la L.O, pero no pudo anular precepto indicado ya que si así lo hacía se creaba un vacío legal pues conduciría a la denegación de este derecho a todos los extranjeros en España, con independencia de su situación y ello es contrario a la Norma Fundamental, por lo que debe ser el legislador quien debería establecer las condiciones para su ejercicio.

Esta sentencia tuvo que buscar un continuo apoyo en la legislación internacional al efecto por su alto valor interpretativo.

- La STC 259/2007, por su parte y al contrario, al declarar la inconstitucionalidad de la regulación del derecho a la huelga por ser contrario al art. 20.2 de la Constitución Española si dejaba sin efecto y anulaba el artículo de la L.O. que la regulaba.

Como ya hemos tenido de ocasión de exponer a lo largo de estos temas, en más de una ocasión, estos pronunciamientos judiciales han tenido entrada legislativa en virtud de la reforma operada por la L.O. 2/2009.

Así el art. 8 en relación con la libertad de asociación dispone: “Todos los extranjeros tienen el derecho de asociación en las mismas condiciones que los españoles”.

Más exactamente el art. 11 del mismo texto legal preceptúa: “1. Los extranjeros tienen derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles.

2. Los extranjeros podrán ejercer el derecho a la huelga en las mismas condiciones que los españoles”.

De la comparativa en la redacción de los artículos actuales y los anteriores, en la nueva redacción se suprime toda referencia a autorización administrativa para residir o trabajar y se universaliza a todos los extranjeros, sin distinción alguna en base a su situación legal o ilegal de estancia en España.

II. EL DERECHO DE SINDICACIÓN.

Ni en la Ley Orgánica de Libertad Sindical ni en la Constitución Española se prevén limitaciones individuales ni para ostentar la titularidad ni para ejercitar el derecho a la libre sindicación. Por tanto, el trabajador extranjero tiene reconocido plenamente el derecho a la libertad sindical tanto en su acepción positiva como en la negativa.

Por este motivo encuentra la tutela a su libertad sindical en la modalidad procesal oportuna establecida en el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral para evitar cualquier actividad antidiscriminatoria en su ejercicio.

Dada la temporalidad del trabajo, que generalmente, desarrollan los emigrantes si que existe una limitación para llevar a cabo este ejercicio pero en base a la temporalidad de la relación laboral pero nunca por limitación legal, sino podríamos decir de “realidad de su precariedad”. Suelen ser trabajadores jóvenes, amplio colectivo de mujeres y, todos, normalmente, de muy baja cualificación profesional. Más aún se acrecienta esta circunstancias en los trabajadores extranjeros irregulares cuyo situación laboral les va a hacer huir de una posible reclamación de derechos laborales pero de pretenderlo la tiene perfectamente reconocida, con el mismo nivel de protección.

En lo que respecta a la facultad de fundación de sindicatos efectivamente la tienen tanto los trabajadores regulares como los irregulares aunque cierto sector doctrinal entendió que aquella solo se predicaba a trabajadores regulares ante la existencia del sistema de registro que preveía el art. 4 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Previsora de esta cuestión la STC 236/2007 dispuso en su Fundamento Jurídico 9: “el legislador orgánico puede fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de sindicación por parte de los extranjeros que se encuentren en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respete un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre”. Y para la constitución de organizaciones sindicales “no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España” para el ejercicio de este derecho por parte de los trabajadores extranjeros en términos tan claros y amplios fijados por la citada sentencia.

- EL DERECHO DE HUELGA.

Es un derecho de los trabajadores para la defensa de sus intereses y que se concede a los trabajadores en cuanto tales, es decir, como parte esencial y de protagonismo de la relación laboral de trabajo asalariado.

El tener o no tener permiso de trabajo no impide a los trabajadores, sea cual sea su

nacionalidad y estado de permanencia en un país, tener los derechos derivados del contrato laboral (conforme dispuso la STC 259/2007) entre ellos y dentro de los básicos, el de huelga. Con tal carácter se regula, al igual que el analizado en el epígrafe anterior, en el art. 4 del Estatuto de los Trabajadores.

Este derecho a la huelga se puede ejercitar tanto mediante un ejercicio individual como un ejercicio colectivo, interrumpiendo la relación laboral durante el tiempo de convocatoria y duración de la misma fijada por los sujetos colectivos con legitimación para ello.

No sólo se puede adherir o no al ejercicio del derecho de huelga, sino que se extiende a todos los actos que se desarrollen durante su duración: desde la discusión y debate de la convocatoria, información y participación activa en piquetes...

Es un derecho individual de ejercicio colectivo por lo que no se puede decir que nadie va a una huelga con carácter particular sino en ejercicio conjunto con otros muchos.

La normativa declarada inconstitucional prohibía que los trabajadores extranjeros irregulares no pudieran secundar la huelga como el resto de compañeros implicados lo que les colocaba en una situación complicada al tener que trabajar cuando otros ejercitaban este derecho constitucional, convirtiéndolos de facto en esquiroles.

Es más, se impedía el derecho de huelga precisamente al colectivo cuyas situaciones laborales era más injustas y alejadas de la normativa vigente en la prestación de sus relaciones laborales, pues se suponen constantemente vulneradas y en situación de sumisión (a veces rozando la dignidad y dignificación de la persona como tal) respecto del empresario o empleador. Ya no solo se impedía la lucha por los derechos laborales ante actuaciones del empleador abusivas sino que se podían incluir reivindicaciones asociadas a las condiciones de vida (más allá del propio trabajo) como las demandas de vivienda o habitación digna proporcionada por la empresa o autoridades locales.

La Ley Orgánica 8/2000 era eminentemente represiva en cuanto a la prohibición de ciertos actos y practicas empresariales extorsionadoras del ejercicio de aquel derecho y eran consideradas como facultades propias del empleador contra la actitud huelguista de los trabajadores extranjeros (máxime sin son irregulares).

Por otro lado, el ejercicio del derecho de huelga, como dijimos en relación con el de libre sindicación, podía colocar en una situación complicada al trabajador inmigrante irregular que lo ejercitara dada su dificultad o imposibilidad de reincorporarse a su puesto de trabajo, hecho que conllevaría que la plenitud de sus derechos laborales se redujera al aspecto meramente indemnizatorio. Era una desigualdad que no se podía consentir por más tiempo y de ahí la batería de recursos de inconstitucionalidad que se promovieron y

sustanciaron, los cuales obtuvieron posteriormente esta tutela.

Se pretendía evitar situaciones y sucesos como las que ocurrieron por ejemplo en la localidad almeriense de El Ejido, en el año 2000 y que tomó cuerpo de naturaleza en todos los medios de comunicación social de masa.

Los empresarios de la zona reaccionaron frente a la huelga de los trabajadores marroquíes (en situación irregular) sustituyéndolos por otros de distintas nacionalidades, que a su vez, fueron contratados sin autorización. No sólo se les impidió el derecho a la huelga en reclamación de sus derechos laborales vulnerados y que bien pudieron contener un ilícito penal sino que posteriormente los trabajadores que convocaron o secundaron la huelga, en una elección libertaria de los respectivos empleadores, fueron despedidos sin más, con vulneración de todas las garantías que facultan el ejercicio de dicho derecho. Al final, los actos quedaron impunes y la huelga a quienes más perjudicó fue a aquellos que la ejercitaron en defensa de sus legítimos derechos laborales vulnerados (algunos ni siquiera reconocidos).

No diremos que las L.O. 8/2000 contribuyera a ello pero si sentaremos con total rotundidad que las STC 236/2007 y 259/2007 impiden que supuestos como los anteriores vuelvan a ocurrir, al obviar la creación de zonas de exclusión radical de derechos colectivos de trabajo como los ahora estudiados, puesto que es incompatible con nuestro marco constitucional.

- OTROS DERECHOS COLECTIVOS.

Con este epígrafe, buscando un tratamiento integrador y global del tema, dentro del espacio físico de que disponemos, pondremos fin a estos temas.

Los derechos de representación en la empresa se encuentran regulados en la legislación española, entre otros preceptos, en los arts. 4 en relación con el 69 del Estatuto de los Trabajadores, donde se considera la condición de electores y elegibles a los trabajadores extranjeros. Nada de ello dice la Legislación de Extranjería.

De esta normativa y de otra en conjugación (como la Ley de Prevención de Riesgos Laborales) se atribuyen este derecho a los extranjeros para que puedan ser electores y elegibles (así específicamente recogido al regularse la figura de los delegados de prevención). El problema se vuelve a reproducir en el supuesto de los trabajadores extranjeros en situación de irregularidad. Lo expuesto para los anteriores derechos es idénticamente aplicable al derecho que nos ocupa y ello es así, abundando aún más, por el hecho de que son situaciones pre-sindicales que gozan de la tutela del art. 28.1 de la

Constitución Española y que, consecuentemente, deben ser protegidos de cualquier discriminación sindical con independencia de la condición, con autorización o no para trabajar, del trabajador inmigrante.

Con la misma fundamentación deberemos defender los derechos laborales colectivos de asamblea y referéndum regulados en los arts. 79 y 80 del Estatuto de los Trabajadores. Es inconstitucionalmente limitar estos derechos con independencia de la autorización de estancia o residencia en nuestro territorio. La asamblea y reunión pacífica en los lugares de trabajo de los inmigrantes ocasiones es un derecho preliminar y anterior a la acción sindical y debe quedar protegido en base a los arts 21 en relación con el 28 de la Constitución Española.

El ser titulares de derechos colectivos sindicales no puede someterse a distinción entre su titularidad y ejercicio y se atribuye tanto a extranjeros regulares como irregulares.

Es más, y con ello finalizamos, la funcionalidad de los derechos colectivos sindicales y de huelga en los casos del ejercicio por trabajadores inmigrantes irregulares es la formula más indicada para proteger y tutelar en toda su plenitud el ejercicio de aquellos (ejemplarizado en la figura de quienes están sometidos a una explotación más acrecentada y brutal).

CAPÍTULO VII

LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY ORGÁNICA 2/2009

La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de Diciembre, de reforma de la también Ley Orgánica 4/2000 ha pasado casi inadvertida para la mayor parte de la doctrina española y la sociedad sin darse la importancia que, como en su momento se le dio a esta última.

Aún siendo una reforma su extensión y trascendencia es rápidamente constatable tanto por la multitud de artículos a que afecta como por la significación de la misma. Ha sido tanta la reforma que podíamos afirmar, sin temor a equivocarnos, que estamos ante una nueva Ley Orgánica de Extranjería.

Con esta nueva reforma se ha llevado a texto legal la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que se ha incorporado a su articulado. Pero no sólo ello, también era preciso transponer las distintas Directivas europeas que se han aprobado desde el año 2000 y que estaban pendientes de incorporar al derecho patrio. Especialmente estas últimas Directivas han pretendido poner freno al descontrol de la inmigración irregular y de las redes ilegales que, en multitud de ocasiones, trabaja con estos colectivos humanos desfavorecidos que forman los flujos migratorios. Se han introducido artículos nuevos, otros se han reformados tan extensamente que adquieren aquella condición y, por último, asistimos a algunas introducciones meramente técnicas.

Se ha acentuado la diferencia de trato entre la inmigración regular y la irregular, intentando favorecer la primera y controlar la segunda en un doble caríz de canalizarla o eliminarla. Se acrecientan los controles, se agrava el régimen sancionador y se facilita la expulsión de los extranjeros en situación irregular.

El nuevo art. 2 bis establece la política inmigratoria desde unos nuevos principios, incluyendo unos listados sobre aquélla. Así encontramos una referencia a la igualdad de género, a la no discriminación, reconocimiento de igualdad de derechos y obligaciones, garantiza el ejercicio de aquéllos y con vistas a la integración de los inmigrantes. Finaliza con la referencia a la lucha contra la inmigración irregular, recogiendo explícitamente la persecución del tráfico ilícito de personas.

El art 2 ter, también nuevo, continúa con la integración de los extranjeros en la sociedad española y promueve la participación de los mismos en ésta y en el respeto a los valores constitucionales. Se fomenta la creación de comunidades de inmigrantes por su origen nacional, étnico o religioso. También se opta por un régimen de creación de un espacio común en pos de evitar las disgregaciones o segregaciones para que las

diferencias sean menores. Se trata “de manifestar su pertenencia a un cuerpo social y para eso volverlo indiscernible, no solamente en el respecto a una ley común, sino en el de los códigos sociales que rigen lo cotidiano”.

Se ha buscado una necesidad integradora desde dos vertientes: el respecto a sus creencias e ideologías pero como contraprestación con el de ellos hacia las que son propias de las sociedades receptoras, siempre procurando el no enfrentamiento o choque entre culturas.

La introducción de los criterios jurisprudenciales los observamos sobre todo en el art. 6 (derecho al sufragio pasivo y el derecho a la educación), y el art. 9 (derecho en materia de acceso a la vivienda para mejorar las condiciones de residentes de larga duración) y se excluye, el requisito de residencia para acceder al derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Los arts 17 a 19 también introducen novedades de relieve, siendo una de ellas la regulación del derecho a la reagrupación familiar en beneficio de consolidar la vivencia familiar (con ello se transpone una Directiva Comunitaria en tal sentido y jurisprudencia de este ámbito sobre la misma temática). La reagrupación familiar reafirma la vida familiar y tiene como principal función llevar a efecto la misma. Dentro del sistema de reagrupación familiar se ha incluido el de las parejas de hecho, con una relación de afectividad análoga al matrimonio. Se permite trabajar al cónyuge e hijos reagrupados cuando alcancen la edad laboral y se regula la vida independiente de unos y otros, principalmente en los supuestos de muerte del reagrupante como en los de cónyuge víctima de violencia de género.

Con respecto a los derechos colectivos se accede (ya lo previó la STC 236/2007 y 259/2007) al derecho de reunión de todos los extranjeros incluidos los que se hallaren en situación irregular aunque con condiciones especiales para su ejercicio que puede concretar el legislador orgánico. En idéntica perspectiva se ha reconocido el derecho de asociación sin condicionarla a la residencia o estancia. También se da una nueva redacción y regulación de los derechos a la libertad de sindicación y huelga con las mismas condiciones que los trabajadores españoles, suprimiendo la limitación de estos derechos que antes se contenían en las normas. También existía derecho europeo (Directivas) que precisaban de esta transposición e introducción en el derecho español.

Por el mismo camino se adapta nuestra legislación a las restricciones de entrada de ciudadanos de terceros países, lucha contra la inmigración irregular y control de los flujos humanos inmigratorios. El Título II de la L.O., 2/2009 se hace eco de aquella. Se incorporan nuevas situaciones de los extranjeros, se perfecciona el sistema de los

residentes de larga duración, las medidas dirigidas a ampliar la lucha contra la inmigración irregular por medio de un registro de control de entradas y salidas, protección de las víctimas extranjeras de violencia de género (facilitan las denuncias, canalización legal, ordenación de los flujos migratorios, necesidades del mercado de trabajo, limitación a una ocupación y ámbito territorial de carácter inicial, y se establece un nuevo marco jurídico para los menores extranjeros no acompañados).

Con el control de entradas y salidas de extranjeros se pretende tener un conocimiento exacto de la realidad de la permanencia en España de los inmigrantes y el respecto a los plazos concedidos para permanecer legalmente en nuestro Estado lo que conlleva una ampliación de la lucha contra la inmigración ilegal o irregular.

Se crean nuevos tipos de visados para estudios por “intercambio de alumnos, practicas no laborales o servicios de voluntariado, investigadores” con reforma profunda del anterior de trabajo y residencia.

Se recoge un nuevo visado de trabajo de temporada que faculta para trabajar por cuenta ajena hasta nueve meses en un período de doce meses consecutivos. El visado de entrada y de trabajo habilita para la entrada y estancia en España por un período máximo de tres meses con permisibilidad para solicitar el visado en la representación de otro Estado miembro de la Unión Europea.

Se distingue entre la residencia temporal y la de larga duración (antes permanente). Se establecen las nuevas especialidades de residencia temporal y de trabajo para mujeres extranjeras víctimas de violencia de género y a aquellas que se encuentren en circunstancias excepcionales a cuyo favor se hubieren dictado una orden de protección o con sentencia condenatoria.

La residencia de larga duración permite residir y trabajar en España por tiempo indefinido y se reconoce este derecho a los extranjeros que hayan residido temporalmente en nuestro país durante cinco años (sin perjuicio de períodos de vacaciones en el extranjero) y se preceptúan otras autorizaciones de residencia de larga duración en supuestos de especial vinculación con España.

Las residencia por intercambio de alumnos, practicas no remuneradas y servicios de voluntariado, se limita a la duración del curso con inclusión de los extranjeros que realicen estudios de formación sanitaria especializada.

Los menores no acompañados tienen un tratamiento específico en el art. 35 de la nueva L.O. 2/2009 y además de prevenir la inmigración irregular enfatiza el retorno de estos menores a sus países de origen. Se antepone el interés superior del menor y se amplía el sistema de protección de aquéllos dando entrada a la competencia de las

Comunidades Autónomas donde se encuentren.

Los mayores de 16 años intervendrán en los procedimientos de repatriación y se les reconoce el derecho al nombramiento de defensor judicial cuando no acepte la tutela o representación nombrada. En fin, se trata de evitar en estos supuestos los resultados perniciosos del efecto llamada pretendiendo la repatriación, sin desprotegerlos pero encaminando su tutela.

Las autorizaciones para actividades lucrativas también han sufrido importantes reformas que van de los arts 36 a 43. La autorización de trabajo ahora es conjunta con la de residencia condicionada al alta en la Seguridad Social, debiendo comprobarse la previa habilitación del extranjero para residir y trabajar, usando a tal fin un control sobre la regularización a través del sistema de afiliación y altas y bajas en el sistema de la seguridad social, debiéndose acompañar por el empresario en la autorización el contrato de trabajo que afiance el ejercicio de una actividad continuada y el tiempo de vigencia de la autorización, con obligación al empleador de comunicar el desistimiento de la solicitud o la imposibilidad del inicio de la relación laboral.

Se mantiene la vigencia del contrato de trabajo aunque se carezca de autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de no corresponder en estos casos prestaciones o subsidios por desempleo y que reconocer la prestación no modifica la situación administrativa del extranjero salvo los casos legalmente establecidos.

Respecto a la situación nacional de empleo se da participación a la colaboración de las Comunidades Autónomas y la inclusión de un catálogo de ocupaciones de difícil cobertura. Sólo se permitirá oferta de puestos de trabajo distintos cuando la insuficiencia de demandantes de empleo para estas actividades no sea adecuada o no los cubran.

Se regula un régimen especial para los investigadores y trabajo de profesionales altamente cualificados. Nuevamente nos encontramos ante la transposición al derecho patrio de Directivas Comunitarias. Se introduce para estos últimos la llamada tarjeta azul.

Ya no corresponde al Gobierno sino al Ministro de Trabajo la aprobación de la previsión anual de las ocupaciones y cifras de empleo a cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen en un período determinado, a los que solo tendrán acceso aquellos que no se hallan o residan en España.

Se modifica el régimen de tasas con cambio del hecho imponible; ya no será la autorización sino la mera tramitación de la solicitud de autorizaciones administrativas y documentos de identidad correspondientes (prórrogas, modificaciones y renovaciones) las que originen aquel.

En las infracciones y sanciones del régimen de extranjería vuelven a destacar la

lucha contra la inmigración ilegal con la introducción de nuevas infracciones que atacan las conductas fraudulentas.

Se hace una nueva relación de las faltas leves, graves y muy graves adicionando nuevos hechos infractores y se aumenta la cuantía de las sanciones. Por fin se ha aclarado las funciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Con la finalidad de paliar las redes organizadas de tráfico de seres humanos se libera de expulsión a las víctimas si denuncian los hechos y colaboran con la justicia, con un período de reflexión para esta actuación, además de reforzarse su seguridad y protección. Para esta consecución se establece como incentivo un permiso de residencia extraordinario para estos cooperantes.

Seguramente la reforma más importante de esta L.O. 2/2009 es la relacionada con la expulsión de los extranjeros en situación irregular. Se da prioridad al retorno voluntario, se facilita el retorno no voluntario a través de normas comunes sobre la finalización de la residencia legal y las decisiones de expulsión, detención y retención del inmigrante en situación irregular, fijando como nudo gordiano la política de retorno en relación con la política migratoria global de la Unión Europea.

La expulsión, devolución, denegación de entrada y el ingreso en los centros de internamiento de los extranjeros irregulares (transposición de Directiva) serán, sin lugar a dudas, las instituciones que más literatura produzcan dada la polémica que introducen no sólo en el mundo jurídico sino en la sociedad en general. Se configura un procedimiento de retorno obligado de los inmigrantes irregulares encaminado a la expulsión motivada, con criterios objetivos y considerando las circunstancias de cada caso. Acordado el retorno, el afectado está obligado a dejar el territorio español, bien con la posibilidad de hacerlo voluntariamente (salvo cuestiones excepcionales como la fuga). En supuestos de expulsión forzosa se puede llegar al internamiento cuando no sean aplicables medidas menos coercitivas, siempre que aquél se fundamente en una decisión escrita y motivada.

El internamiento será siempre breve y mientras dure el procedimiento (no más de seis meses, extensibles en circunstancias muy concretas). Todo lo anterior con el preceptivo control judicial cuando se inste.

En cuanto a los efectos se distingue entre la expulsión tras el procedimiento oportuno y la devolución de los extranjeros expulsados que contravinieran la prohibición de entrar en España y los que pretendan entrar ilegalmente, para lo cual no se precisa expediente alguno. Se modifica la duración del período de prohibición de entrada (con supresión de esta prohibición si abandonara España durante la tramitación del procedimiento o abandonaren nuestro territorio nacional durante el período de

cumplimiento voluntario de la orden de expulsión). La denegación de entrada llevará consigo la adopción de las medidas oportunas para que el extranjero salga de España en el plazo más breve posible (si la situación dura más de 72 horas sin hacerlo, se puede solicitar su internamiento).

El internamiento (con respeto al principio de proporcionalidad) es ampliado en su duración hasta los sesenta días. Se impedirá tal institución cuando el extranjero sea menor de edad. Habrá control judicial e intervención del Ministerio Fiscal. Se mantienen los derechos de los extranjeros internados, con asistencia social y sanitaria suficiente en los centros de internamiento.

También se reconocen derechos de asistencia de organizaciones gubernamentales o no gubernamentales que se creen al efecto. Este artículo se deja al desarrollo reglamentario.

El art. 63 establece los procedimientos preferentes de expulsión con una nueva regulación de supuestos concretos, sin que, en ningún caso, quepa la concesión del período de salida voluntaria. Se recogen Medidas Cautelares y el internamiento durante la tramitación del procedimiento preferente.

El procedimiento ordinario de expulsión, ex novo, art. 63 bis fija un plazo de entre 7 y 30 días para abandonar voluntariamente el territorio español por los propios medios del extranjero y no se podrá adoptar medida alguna de internamiento en este tipo procedimental.

La ejecución forzosa de la orden de expulsión se hace más rigurosa. No será precisa la incoación de expediente de expulsión para la ejecución de una resolución de expulsión de otro Estado miembro de la Unión Europea ni para el traslado en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento. Se suspende la expulsión –su ejecución– cuando se peticione el asilo, pero es más se prevé esta suspensión cuando se formalice una petición de protección internacional, hasta que se haya admitido a trámite o resuelto.

Comprobada la implicación de las diversas administraciones territoriales en esta materia se han ampliado las competencias de las Comunidades Autónomas en la gestión de la emigración. La coordinación se hará a través de la Conferencia Sectorial de Inmigración. Se modifica la composición del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes suprimiendo la participación de organizaciones sociales de apoyo para remitirse ahora a otras organizaciones con interés e implantación en el ámbito migratorio, no estimando ahora ese interés específico cuando se refieren a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, resaltando las más específicas de las organizaciones de inmigrantes y el de los intereses más generales de los sindicatos

directamente afectados por la emigración. Las organizaciones empresariales más representativas se encuentran ahora representadas en un nuevo órgano, la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, cauce institucional para establecer el diálogo con las organizaciones sindicales y empresariales más representativa en materia de inmigración, que deben ser informadas y consultadas sobre flujos migratorios. Se ha aprovechado la reforma para dar un mayor empaque a la negociación colectiva en el tratamiento, regulación y control de la migración legal.

Podemos afirmar que la Ley Orgánica 2/2009 ha acomodado nuestra legislación de extranjería e inmigración con la CE y la normativa de la Unión Europea, adaptando nuestra normativa a aquella con transposición –tantas veces citada en este tema- de las correspondientes Directivas, así como acoger las sentencias (especialmente de derechos colectivos de los inmigrantes regulares e irregulares) de nuestro Tribunal Constitucional.

Por último, señalar que queda pendiente el desarrollo reglamentario de un buen número de artículos.

RESEÑA JURISPRUDENCIAL

A continuación y antes de dar por finalizada esta obra monográfica hemos incluido alguna reseña jurisprudencial del máximo interés. El número es meramente ilustrativo pues no deja de ser abundante cualquier búsqueda sobre la materia, si bien su contenido lo es de bastante criterio ejemplificador para que el contenido doctrinal de la obra quede reflejado por los pronunciamientos de los Tribunales al respecto.

Las dos primeras hacen referencia a la materia de la prestación por desempleo y las otras dos por materias relacionadas sobre otros derechos laborales (más, en concreto, los derivados de accidentes de trabajo).

JURISPRUDENCIA

1

Roj: **STS 656/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:656**

Id Cendoj: **28079149912017100005**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **31/01/2017**

Nº de Recurso: **1153/2015**

Nº de Resolución: **76/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 31 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Julio Alberto García Gutiérrez, en nombre y representación de DON Luis Enrique , contra la sentencia de la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 22 de diciembre de 2014, recaída en el recurso de suplicación núm. 4565/2014 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de los de Barcelona, dictada el 28 de marzo de 2014, en los autos de juicio núm. 631/2013, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Luis Enrique , contra Servicio Público de Empleo Estatal (INEM) y la empresa GARBATOUR, S.L., sobre PRESTACION POR DESEMPLEO.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millan

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de marzo de 2014, el Juzgado de lo Social nº 6 de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «DESESTIMO LA DEMANDA interpuesta por a instancia de Luis Enrique contra SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE) Y GARBATOUR, S.L. en reclamación en materia de prestación/subsidio de desempleo».

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: «1.- Por resolución de 28/11/2011 del SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL (SPEE) se reconoció a Luis Enrique con NIE NUM000 prestación contributiva por desempleo en los siguientes términos: -días de derecho 108 (días cotizados 605) periodo reconocido 26/11/2011 a 25/05/2012, base reguladora diaria 25,35 con un porcentaje sobre la misma del 70% y porcentaje por desempleo parcial del 50%. 2.- Por sentencia del Juzgado social num. 4 de Barcelona dictada el 30/03/2012 en procedimiento 1065/2011 en materia de despido a instancia de Luis Enrique contra GARBATOUR, S.L. y el FOGASA, se declaró improcedente el despido del actor de fecha de efectos 31 / 10/2011 condenado a la empresa GARBATOUR, S.L. a que optara en entre la readmisión del trabajador o el abono de la indemnización que en la misma se señalaba. En su relato de hechos probados se señalaba en dicha sentencia que el trabajador prestaba sus servicios para la empresa condenada desde 06/10/07 y que había sido contratado de forma irregular el 06/10/2007 por carecer de permiso de trabajo y residencia y una vez obtuvo el permiso de trabajo y residencia fue contratado mediante contrato de trabajo de duración determinada a tiempo completo de fecha 31/03/2010 convertido en fecha 14/03/2011 en contrato indefinido a tiempo parcial. Por auto de 25/09/2012 dictado en ejecución de la sentencia se despachó orden general de ejecución y se declaró extinguido desde ese mismo día el contrato de trabajo que unía a la empresa con el trabajador con fijación de indemnización y salarios de tramitación. 3.- En fecha 29/01/2013 el actor suscribió para el SPEE documento en el que se hacía constar que no obstante para atender a su solicitud de reconocimiento del nuevo derecho, aun habiendo sido informado de la posibilidad de mantener el derecho reconocido anteriormente hasta la percepción de los salarios de tramitación, era necesario que firmara el documento en que se recogía su solicitud, así como el reconocimiento de la deuda generada como consecuencia de la regularización y el compromiso de no solicitar el aplazamiento de la misma; y en el mismo costaba que: 1.- reconocía la existencia de un pago indebido de la prestación por desempleo por el periodo coincidente con los salarios de tramitación. 2.- solicitaba la compensación de dicho pago indebido con los importes que correspondan en virtud del nuevo derecho y 3.- acepta no solicitar el aplazamiento del pago indebido generado con la regularización. Por resolución de fecha 08/02/2013, tras haber comunicado al actor propuesta de revocación del derecho ya reconocido y haciendo constar en esa resolución que el cese por el que accedió a la prestación de desempleo había sido impugnado y como consecuencia de ello se había declarado, entre otras la obligación del empleador de abonarle los salarios de tramitación, se resolvió declarar indebida la percepción de prestaciones por desempleo por cuantía de 617,34 euros correspondientes al periodo del 26/11/2010 al

25/05/2012 y a.- revocar la resolución por la que se le reconoció el derecho a la prestación contributiva de desempleo con

fecha de inicio 26/11/2011 a 25/05/2012, b.- reconocer un nuevo derecho con fecha de inicio 26/09/2012, una vez transcurrido el abono de los salarios de tramitación, con derecho a 300 días de prestación y base reguladora diaria 50,84 euros y al 50% por la finalización de la relación laboral en dicho porcentaje. c.- declarar la percepción indebida de prestaciones por desempleo entre el 26/11/2011 al 25/05/2012, de 3.055,49 euros, que una vez regularizada con las cuantías a percibir por el nuevo derecho reconocido, hasta el total de lo abonado por el derecho anterior, le queda pendiente de compensar a fecha de 30-02-2013 el importe de 617,34 euros. m 4.- En fecha 20/03/2013 el actor interpuso reclamación previa contra la resolución del SPEE que identificaba como sin fecha reconociendo el derecho a cobrar 300 días de prestación de desempleo nivel contributivo desde 26/09/2012 y con base reguladora diaria de 50,84 euros. Señalaba en la argumentación de su pretensión la existencia de la sentencia del Juzgado social núm. 4 de Barcelona dictada el 30/03/2012 en procedimiento 1065/2011 y que "el SPEE está considerando no trabajados a efectos del pago de la prestación por desempleo, los periodos en que el trabajador no tenía permiso de trabajo ni de residencia y ello evidenciaba un trato discriminatorio. Por resolución de fecha 07/05/2013, se desestimó la reclamación previa del actor indicando en la misma que podía volver a efectuar nueva reclamación cuando disponga del acta de liquidación de

cuotas de la TGSS o Informe de la inspección de Trabajo en relación a la falta de cotización del periodo 06/10/07 a 30/03/2010. 5.- La Inspección de Trabajo, en relación al expediente NUM001 registro de entrada 8/0017492/13 empresa GARBATOUR, S.L., informó al actor que *"En relación a las otras dos peticiones, acta de infracción por dar ocupación a extranjero sin permiso en el periodo 06/10/2007 a 30/03/2010 y diferencias de cotización de 31/11/2011 a 31/11/2011, no procede actuación alguna- la infracción por dar trabajo a extranjero sin permiso ha prescrito (art. 56 de la Ley Orgánica 4/200, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración, BOE del 12 de enero) y el trabajador no probó en sede judicial que trabajara a tiempo completo."* 6.- La Inspección de trabajo y Seguridad Social ha levantado acta provisional de liquidación de cuotas NUM002 a la empresa GARBATOUR, S.L. en concepto de falta de afiliación o alta en el periodo 11/2011 a 09/2012 que ha sido elevada a definitiva confirmándola por resolución de 1/12/2013 y también se ha tramitado de oficio alta y baja del actor en la empresa GARBATOUR, S.L., en el periodo 01/11/2011 a 25/09/2012 y efectos del alta 24/0/2013. 7.- Para el caso de estimación de la demanda la prestación contributiva de desempleo correspondiente al actor lo sería con la base reguladora de 50,84%, pero por parcialidad al 50%, por un periodo de derecho reconocido de 600 días».

TERCERO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, dictó sentencia en fecha 22 de diciembre de 2014, recurso 4565/2014, en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos el recurso de suplicación que formula Luis Enrique , contra la sentencia del juzgado social 6 de BARCELONA, autos 631/2013, de fecha 28 de marzo de 2014, seguidos a instancia de aquel, contra el SERVICIO PUBLICO ESTATAL DE EMPLEO ESTATAL (SPEE), y la empresa GARBATOUR, S.L. en reclamación en materia de prestación/subsidio de desempleo, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución en todos sus pronunciamientos».

CUARTO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D. Luis Enrique , el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 17 de octubre de 2012, recurso 5280/2011.

QUINTO.- Por Providencia de fecha 25 de septiembre de 2015, se admitió a trámite el recurso, y no habiéndose personado la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso interpuesto.

SEXTO.- En Providencia de fecha 4 de julio de 2016, se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 27 de septiembre de 2016, acto que fue suspendido y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su transcendencia se acordó que la deliberación, votación y fallo se hiciera en Pleno de Sala fijándose para el día 18 de enero de 2017, fecha en que se llevó a efecto. En dicho acto, la Magistrada Ponente Excm. Sra. Doña Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que por el Excmo. Sr. Presidente encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Angel Luelmo Millan.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal y como resulta del relato de la sentencia de instancia, el actor prestó servicios para la empresa demandada desde el 6 de octubre de 2007, contratado de forma irregular por carecer de permiso de trabajo y residencia y, una vez obtuvo el pertinente permiso, fue contratado mediante contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo completo, de fecha 31 de marzo de 2010, convertido en fecha 14 de marzo de 2011 en contrato indefinido a tiempo parcial. Por auto del Juzgado número 4 de Barcelona, recaído en el procedimiento de despido 1065/2011, se despachó ejecución de la sentencia y se declaró

extinguido desde ese mismo día el contrato de trabajo, con fijación de indemnización y salarios de tramitación. Por resolución del SPEE de 8 de febrero de 2013 se reconoció como indebida la percepción de la prestación por desempleo, por el periodo de 26 de noviembre de 2011 a 25 de mayo de 2012, y se le reconoció un nuevo derecho a la prestación por desempleo, con fecha de inicio 26 de septiembre de 2012, por un periodo de 300 días. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha levantado acta de liquidación de cuotas, falta de afiliación y alta en el periodo noviembre 2011 a septiembre 2012, elevada a definitiva por resolución de 1 de diciembre de 2013. El actor solicita que se le reconozcan 600 días ya que deben de tenerse en cuenta, a efectos del pago de la prestación, el periodo trabajado en el que no tenía permiso de residencia ni de trabajo.

Recurrida en suplicación por el demandante, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) dictó sentencia el 22 de diciembre de 2014, recurso número 4565/2014, desestimando el recurso formulado.

La sentencia, invocando la sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 2008, recurso 3177/2077, entendió que la prestación de desempleo solo la puede obtener el extranjero residente que ha realizado servicios por cuenta ajena sin contar con la pertinente autorización para trabajar, pero no el que, como el actor, se encuentra en España en situación irregular, por lo que, dado que cuando se contrató al trabajador el 6 de octubre de 2007 carecía de permiso de trabajo y de residencia, no obteniendo los mismos hasta el 31 de marzo de 2010, fecha en la que se le realiza un contrato de trabajo, es a partir de dicha fecha el periodo de ocupación cotizada que ha de tenerse en cuenta a efecto de lucrar las correspondientes prestaciones por desempleo. Todo ello sin perjuicio de que pueda ser ajustado a derecho el resarcimiento por la empresa de los daños y perjuicios de toda clase por el incumplimiento de un contrato válido de trabajo, es decir, del contrato celebrado entre empresario y trabajador, aunque esta no tenga permiso de residencia ni de trabajo.

Contra dicha sentencia se interpuso por la representación letrada del actor recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del TSJC el 17 de octubre de 2012, recurso número 5280/2011.

La parte recurrida no se ha personado, habiendo informado el Ministerio Fiscal con la propuesta de que el recurso se declare improcedente.

SEGUNDO.- La sentencia de contraste, dictada por la Sala de lo Social del TSJC el 17 de octubre de 2012, recurso número 5280/2011, estimó el recurso de suplicación interpuesto por el actor en dicho procedimiento frente a la sentencia de instancia, declarando el derecho del actor a percibir la prestación de desempleo, por un periodo total de 480 días, conforme a la base reguladora diaria de 51,79 € y la responsabilidad empresarial por los 300 días adicionales de prestación que superan los reconocidos en vía administrativa, sin perjuicio de la obligación de anticipo del Servicio Público de Empleo Estatal y de su derecho a repetir contra la empresa.

Consta en dicha sentencia que el actor prestó servicios a la empresa demandada desde abril de 2006, habiéndosele concedido autorización de residencia temporal y de trabajo el 5 de agosto de 2008. El actor y la empresa suscribieron el 21 de julio de 2008 un contrato de trabajo, en la modalidad de fijo de obra., figurando de alta en la empresa demandada desde el 21 de julio de 2008 al 7 de junio de 2010. El Juzgado número 1 de Sabadell dictó sentencia en autos 1119/2009, declarando improcedente el despido del actor efectuado con efectos del 17 de noviembre de 2009. Le fue reconocida prestación por desempleo, con fecha de inicio de 8 de junio de 2010 y duración de 180 días, atendiendo a un periodo de ocupación cotizada de 587 días. El trabajador solicita le sea reconocido un periodo mayor de prestación de desempleo, entendiendo que ha de computarse como periodo de ocupación cotizada aquel en el que estuvo trabajando sin permiso de residencia ni de trabajo.

La sentencia entendió que no resulta aplicable la doctrina contenida en la STS de 12 de noviembre de 2008 ya que concurre una circunstancia especial y es que el actor había regularizado su situación personal y laboral mucho antes de solicitar la prestación por desempleo y disponía de permiso de residencia y de trabajo en España a la fecha del hecho causante y ello conduce a que no pueda aplicarse la doctrina jurisprudencial que se refiere exclusivamente a situaciones legales de irregularidad sostenida de la prestación laboral del extranjero, que sigue y se mantiene en la fecha del hecho causante de la prestación de desempleo. Continúa razonando que, siendo el fundamento por el que se deniega el derecho a la prestación, que el trabajador extranjero en situación irregular en España no puede acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada, ya que carece de permiso de trabajo y de residencia, no es la situación del demandante que, al encontrarse en el momento del hecho causante en situación regular, puede buscar empleo y aceptar una colocación adecuada, es decir, se encuentra en condiciones legales para trabajar en España, por lo que deberá tenerse en cuenta la totalidad del periodo anteriormente trabajado para la misma empresa, que deberá asumir a su costa la responsabilidad en el pago de la diferencia de la prestación, con anticipo del Servicio Público de Empleo Estatal.

TERCERO.- Entre la recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. En efecto, en ambos supuestos se trata de trabajadores extranjeros que han prestado servicios en una empresa sin permiso de residencia ni de trabajo, posteriormente se les conceden dichos permisos y la empresa suscribe contrato de trabajo. Los trabajadores son despedidos y los despidos declarados

improcedentes.

El SPEE les reconoce prestación por desempleo tomando en consideración, como periodo de ocupación cotizada, únicamente el correspondiente al tiempo en el que los trabajadores tenían permiso de residencia y de trabajo, sin considerar el periodo en el que trabajaron sin dichos permisos, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios. En efecto: en tanto la recurrida entiende que no cabe computar como periodo de ocupación cotizada, a efectos de determinar la duración de la prestación por desempleo, el tiempo trabajado sin permiso de residencia ni de trabajo, la de contraste entiende que se ha de tener en cuenta dicho periodo. Consecuentemente con todo ello y como se decía, cabe concluir que concurren las identidades exigidas por el precepto y norma referidos, por lo que procede entrar a conocer del fondo del asunto.

CUARTO.- El recurrente alega inaplicación o, en su caso, aplicación indebida, de los artículos 100.1, 104, 203.1, 205, 207, 208, 210, 213 y 231 de la L.G.S.S. R.D.L.1/1994 de 20 de junio, en relación con los artículos 14 30 bis de las Leyes Orgánicas 4 y 8 del año 2000, relativo a la regulación de la Extranjería Art. 42.2 del R.D. 84/1996, de 26 de enero, arts. 3.11 1101, 1258 del Código Civil, en relación con el Convenio Colectivo 19 de la O.I.T., en relación con el art. 33-párrafo 2º nº 3 de la L.O. 4/2000, en relación con el art 3.11 del C.C. y en relación también con los arts 126.2 y 220 de la citada L.G.S.S. y art. 41 de la Constitución, en la interpretación dada por las sentencias que cita.

La doctrina establecida por esta Sala a partir de las sentencias de 18 de marzo y 12 de noviembre de 2008 (rrcud 800 y 3177/2007), a las que se hace remisión dando expresamente por reproducidos sus argumentos, especialmente en todo cuanto no se reproduzca a continuación y sea aplicable al caso, se resume en la conclusión de que la prestación de desempleo no la puede obtener el trabajador extranjero que se encuentre en España en situación irregular, trayendo a colación al respecto la primera de las citadas en su noveno fundamento de derecho y tras el examen y razonamientos que es de ver en los anteriores, el artículo 203.1 de la LGSS (262.1 del vigente TRLGSS), el 209.1 de la misma norma (actual 268.1), la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 22 de noviembre de 2.006 y el artículo 207c) LGSS (actual 266 c) en los siguientes términos textuales: "**El art. 203.1 LGSS sólo otorga el derecho al desempleo a quienes "pudiendo y queriendo trabajar" pierden el empleo; y los extranjeros no residentes aunque quieran, no pueden trabajar legalmente puesto que no pueden obtener la pertinente autorización administrativa para ello, ya que ésta, de acuerdo con las previsiones de la LOEx, solo se concede bien a extranjeros ya residentes en España, bien a quienes llegan a ella provistos del permiso de residencia y trabajo que se otorga en los países de origen a quienes integran el contingente anual.**

El art. 209.1 LGSS establece que solo pueden solicitar la prestación de desempleo, "las personas que cumplan los requisitos establecidos en el art. 207 " y ya hemos vistos que el extranjero irregular, como es el caso del ahora recurrente, no los cumple. Y añade, además, que "la solicitud [de desempleo] requerirá la inscripción como demandante de empleo si la misma no se hubiera efectuado previamente"; y es evidente que el extranjero irregular tampoco puede formalizar esa inscripción. La Resolución de 11 de julio de 1.996, de la Dirección General Instituto Nacional de Empleo (BOE de 9 agosto) establece que solo podrán inscribirse en las oficinas de empleo los extranjeros no pertenecientes a países miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo que, "en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y trabajo de los extranjeros en España, tengan reconocido el derecho de acceso al mercado nacional de trabajo, o la posibilidad de acceder al mismo". Y el actor de este proceso, dada su situación irregular no tenía reconocido ese derecho ni ahora, ni cuando fue contratado. **Exigencia que por cierto reitera la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 22 de noviembre de 2.006** "por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación" (BOE de 6 de diciembre), que, aun inaplicable al caso por razones temporales, tiene un evidente valor orientador. En su artículo 1º dispone que pueden inscribirse como demandantes de empleo solo "los extranjeros que en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y trabajo de los extranjeros en España, tengan reconocido el derecho de acceso al mercado de trabajo". Y en su artículo 2 , al enumerar los "documentos acreditativos que dan derecho de acceso al mercado de trabajo" exige siempre la "autorización de residencia", además de estar "en posesión de una autorización administrativa para trabajar o bien, no estando en posesión de ella, y encontrándose legalmente en España, estar en condiciones de acceder a ella".

Por su parte el art. 207.c) LGSS exige como requisito inexcusable, para tener derecho a desempleo: "acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad al que se refiere el art. 231 LGSS ".

Pues bien, el actor, dada su situación de irregularidad y mientras ésta persista, no puede suscribir dicho compromiso, que es obligación que le impone el art. 231.1.h) LGSS , y que comporta, según el número 2 del mismo artículo numerosas obligaciones, entre ellas las requeridas por el art. 207 de búsqueda activa de empleo y de aceptación de colocación adecuada, que el extranjero irregular no puede atender puesto que no puede realizar ninguna actividad laboral....."

A todo ello añade la de 12 de noviembre de 2008 -que previamente reproduce los términos de la precedentey en relación con los preceptos del CC que menciona el actor en su recurso, que "lo anteriormente expuesto debe entenderse sin perjuicio, en su caso, de la responsabilidad civil, de carácter

resarcitorio y naturaleza contractual, en que haya podido incurrir el empleador por concurrir culpa o negligencia en la contratación. No debe olvidarse que el artículo 1101 del Código Civil (C.C.) sujeta a la indemnización de daños y perjuicios a los que en cumplimiento de sus obligaciones incurran en dolo o morosidad o contravengan de cualquier modo el tenor de aquellas y que el artículo 1258 CC obliga, una vez perfeccionado el contrato, no solo al cumplimiento de lo pactado, "sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley". Tampoco debe ignorarse, al respecto, que el artículo 36.3 LO Ext. establece que los efectos que produce la omisión por parte del empleador de la autorización administrativa para trabajar -validez del contrato y obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle- se entiende "sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar". Entre estas obligaciones, impuestas ex lege al empresario figura la de "solicitar la incorporación al sistema de seguridad social de los trabajadores que ingresan a su servicio" (artículo 100.1 L.G.S.S.), así como la de cumplir la obligación de cotizar siendo responsable de su cumplimiento (art. 104 L.G.S.S.).

Pero, naturalmente, aunque el incumplimiento empresarial de las obligaciones exigidas en estos preceptos, no tenga repercusión en el sistema público prestacional de la seguridad social, como antes se ha razonado, sí, en su caso y en principio, pudiera dar lugar al resarcimiento por el empleador de los daños y perjuicios de toda clase, que dicho incumplimiento de un contrato válido de trabajo -cual es el celebrado entre empresario y trabajador extranjero, aunque éste no tenga permiso de residencia, ni trabajo- ocasione al trabajador. Es decir, el hecho de que el trabajador extranjero "sin papeles" no tenga derecho a la protección de desempleo, según la interpretación antes realizada, no excluye una hipotética responsabilidad del empleador, que pudiera extenderse a las prestaciones de seguridad social, no a título de prestaciones públicas, sino con alcance indemnizatorio a título de responsabilidad empresarial y sin garantía, por lo tanto, a cargo de la Seguridad Social".

QUINTO.- De la filosofía explícita que se desprende de tal jurisprudencia y de la normativa anteriormente mencionada se infiere en definitiva que no es posible tener en cuenta el período de actividad prestado en situación irregular ante la carencia de autorización de residencia y para trabajar, lo que se refuerza ahora, en fin, con la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social -que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico las nueve Directivas que enumera en su preámbulo que se habían aprobado con posterioridad a la última reforma de esa Ley 4/2000 realizada en diciembre de 2003- al establecer en los arts 10, 14 y 36 de esta última, que solo los extranjeros "residentes" (esto es, en situación de residencia legal) que reúnan los requisitos previstos en esa misma norma tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de Seguridad Social (10.1) y que únicamente esos mismos extranjeros "residentes" tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social (14.1), aun cuando "todos" los extranjeros, sea cual fuere su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales "básicas" (14.3), entre las cuales no se cuentan las de desempleo, y que, **"en todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo"** (36.5), de lo que ineludiblemente se sigue, mientras otra cosa no se excepcione, que el tiempo trabajado en situación irregular tampoco podrá adicionarse a otro distinto.

Es cierto que el hoy recurrente se encuentra actualmente en España en situación regular, tiene permiso de trabajo y de residencia y ha venido prestando servicios para la empresa empleadora desde el 31 de marzo de 2010 en virtud de un contrato de duración determinada, a tiempo completo, transformado posteriormente en un contrato indefinido a tiempo parcial, habiéndosele reconocido prestación por desempleo atendiendo a dicho período de ocupación cotizada. Ocurre, sin embargo, que, como ya se ha indicado, con anterioridad a ese período legal, en concreto desde el 6 de octubre de 2007 al 31 de marzo de 2010, había estado prestando servicios para la misma empresa sin permiso de residencia ni de trabajo. Por ello, dicho período no ha sido tenido en cuenta por el SPEE para establecer el período de ocupación cotizada y fijar las duración de la prestación por desempleo, lo cual ha de considerarse adecuado si se tiene en cuenta que la ineficacia d al período a efectos prestacionales que de dicha legislación se deriva, dada la ilicitud del mismo y la propia previsión normativa de las correspondientes consecuencias, no se sana por el hecho de que haya regularizado posteriormente su situación, lo que únicamente le da derecho a las prestaciones que, en su caso, haya podido generar por ese período trabajado legalmente y cotizado.

Ambas etapas laborales constituyen compartimentos estancos a estos efectos, al no poder ser tenidas en cuenta sin solución de continuidad y como si de una sola se tratase, magnitudes cronológicas que son evidentemente distintas y que por sus respectivas condiciones, constituyen un antes y un después, con resultados diversos y encontrados en función de la respectiva ilicitud o legitimidad. En el primer período, el trabajador se hallaba en una situación *de facto* que le impedía cotizar y acceder a la prestación debatida y, en cambio, en el segundo, se trata de una situación *de iure* por la regularización operada, pero solo respecto de ese tiempo, no extrapolable al anterior, porque tal regularización produce sus efectos, en lo que a esta materia se refiere, desde que tiene lugar y no posee eficacia retroactiva mientras no lo disponga así la normativa de aplicación que, por lo que se ha visto, se orienta precisamente en sentido contrario.

En función de cuanto antecede y como propone el Ministerio Fiscal, el recurso no es atendible.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidid Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por DON Luis Enrique, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 22 de diciembre de 2014, recaída en el recurso de suplicación núm. 4565/2014, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de los de Barcelona, dictada el 28 de marzo de 2014, en los autos de juicio núm. 631/2013, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Luis Enrique , contra Servicio Público de Empleo Estatal (INEM) y la empresa GARBATOUR, S.L., sobre PRESTACION POR DESEMPLEO. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma. D. Jesus Gullon Rodriguez D^a Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a Rosa Maria Viroles Piñol D^a Maria Lourdes Arastey Sahun D. Miguel Angel Luelmo Millan D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer D. Sebastian Moralo Gallego D. Jesus Souto Prieto D. Jordi Agusti Julia

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula la Magistrada Excma. Sra. Doña Maria Luisa Segoviano Astaburuaga
(se puede acceder al mismo en la página del CGPJ. Servicios. Jurisprudencia)

JURISPRUDENCIA

1

Roj: **STS 1864/2008 - ECLI: ES:TS:2008:1864**

Id Cendoj: **28079140012008100172**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/03/2008**

Nº de Recurso: **800/2007**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOAQUIN SAMPER JUAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Marzo de dos mil ocho.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de D. Inocencio contra sentencia de 16 de enero de 2007 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 13 de febrero de 2006 dictada por el Juzgado de lo Social de Madrid nº 14 en autos seguidos por D. Inocencio frente a Servicio Regional de Empleo Estatal de la CAM, el Servicio Público de empleo Estatal, Lápiz y Papel Servicios del Espectaculo, S.L. y Fondo de Garantía Salarial sobre desempleo. Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JOAQUÍN SAMPER JUAN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de febrero de 2006 el Juzgado de lo Social de Madrid nº 14 dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando las excepciones de falta de legitimación pasiva y falta de reclamación previa opuestas por la parte demandada y desestimando la demanda interpuesta por D Inocencio contra el Servicio Regional de Empleo Estatal de la CAM, el Servicio Público de empleo Estatal, Lápiz y Papel Servicios del Espectaculo, S.L. y Fondo de Garantía Salarial, debo absolver y absuelvo a dichas demandadas de las pretensiones contra ellas deducidas en la demanda".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " PRIMERO.- El actor D. Inocencio , con el número de pasaporte NUM000 , vino prestando servicios para la empresa codemanda Lápiz y Papel Servicios del Espectáculo, SL, desde el 4 de enero de 2003, con la categoría profesional de oficial, percibiendo un salario mensual de 737,10 euros, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- Con fecha 26 de noviembre de 2004 por el Juzgado de lo Social núm. 9 de Madrid, en autos 964/2004 se dictó sentencia estimando en parte la demanda, declarando improcedente el despido del actor efectuado el 7 de septiembre del 2004 y condenando a la empresa hoy codemandada a abonar al actor la cantidad de 1.842,75 euros de indemnización y salarios de tramitación, quedando extinguida la relación laboral con efectos de la Sentencia. Dicha sentencia fue aclarada mediante auto de fecha 28 de diciembre del 2004 , y por otro auto de 4 de enero de 2005. TERCERO.- El actor con fecha 17 de mayo de 2005 presentó ante el Servicio Público de Empleo Estatal, escrito solicitando resolución expresa sobre el derecho de prestaciones por desempleo, alegando tener dicha solicitud el valor de reclamación previa para el caso de no existir acuerdo o resolución. Asimismo el actor con fecha 20 de enero de 2005 y con fecha 3 de marzo de 2005 presentó sendos escritos ante el Servicio Regional de Empleo solicitando resolución expresa sobre el reconocimiento del derecho de inscripción como demandante de empleo, manifestando que dicha solicitud tiene el valor de reclamación previa para el caso de no existir acuerdo o resolución. No consta resolución expresa por parte de ninguna de las dos entidades. CUARTO.- El actor carece del correspondiente permiso de trabajo para trabajar en España. QUINTO.- Para el caso de estimarse la demanda la base reguladora mensual de la prestación por desempleo que correspondería al actor ascendería a la cantidad de 737,10 euros, y la fecha de efectos el día siguiente a la relación laboral, aspectos sobre los que las partes comparecientes muestran su conformidad".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Inocencio ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid la cual dictó sentencia en fecha 16 de enero de 2007 en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso de Suplicación interpuesto por D. Inocencio contra la sentencia de fecha trece de febrero del dos mil seis dictada por el Juzgado de lo Social número CATORCE de Madrid , en virtud de demanda formulada por la parte recurrente contra el SERVICIO

PÚBLICO DE EMPLEO

ESTATAL, SERVICIO REGIONAL DE EMPLEO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID y LÁPIZ Y PAPEL SERVICIOS DEL ESPECTÁCULO, SL, sobre DESEMPLEO, y, en consecuencia, que debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS la expresada resolución".

CUARTO.- Por la representación procesal de D. Inocencio se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, de fecha 21 de noviembre de 2005.

QUINTO.- Por providencia de fecha 3 de julio de 2007 se procedió a admitir a trámite el citado recurso y, tras ser impugnado el recurso, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó informe en el sentido de considerarlo procedente, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día trece de marzo de 2008, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el recurso de casación para la unificación de doctrina que examinamos, consiste en determinar si tiene o no derecho a inscribirse como demandante de empleo y percibir las prestaciones de desempleo de Seguridad Social que correspondan por el tiempo trabajado, un extranjero que sin contar con la autorización para residir que prevé el art. 30 bis de la LO 4/2000 (en adelante, extranjero no residente o en situación irregular) y tampoco con la autorización previa para trabajar, ha prestado servicios para una empresa (en el caso, desde el 4 de enero de 2.003 hasta el 7 de septiembre de 2.004) sin ser dado de alta en Seguridad Social, y cuyo despido fue declarado improcedente por sentencia firme.

Siendo esa la situación del ahora recurrente en casación unificadora, la sentencia del Juzgado de los Social 14 de Madrid negó la existencia de tal derecho. Y la ahora recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 16 de enero de 2.007 (rec.3847/06) confirmó el pronunciamiento de instancia razonando, en síntesis, que en este caso el derecho al desempleo que se reclama, no puede considerarse incluido en las previsiones del art. 36.1 de la Ley Orgánica 4/2000 "sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social" (en adelante LOEx) tras su reforma por la Ley Orgánica 14/2003, ni en el art. 42 del Real Decreto 84/96, redacción del R.D. 1041/05, puesto que el actor, dada la situación irregular en que se encuentra al carecer de la autorización administrativa de residencia, no puede cumplir con el requisito que exige el artículo 207 .c) (acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada) ni suscribir el compromiso de actividad que requiere el art. 209.1 en relación con el art. 231.h), ni buscar activamente empleo, obligación que le impone el apartado i) del propio art. 231, todos ellos de la LGSS.

Por el contrario, la sentencia de 21 de noviembre de 2.005 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en Valladolid, elegida como referencial, ante situación prácticamente idéntica (difieren solo la nacionalidad del trabajador -- cubano en este caso y rumano en la de contraste -- y el tiempo en que se prestaron los servicios, desde el 12-1-02 al 16-2-04 en la referencial) reconoció al actor dicho derecho, y condenó a la empresa empleadora al abono de la prestación de desempleo como responsable directa, y al Servicio Público de Empleo Estatal a adelantarla, sin perjuicio de su derecho de reintegro frente a la empresa. Concorre pues el presupuesto de la contradicción exigido por el art. 217 LPL para poder examinar la cuestión de fondo planteada, puesto que las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos pese a la identidad subjetiva y objetiva de los casos que resuelven.

SEGUNDO.- La parte recurrente, en el motivo dedicado al examen de la infracción legal, denuncia la del artículo 36.3 de la LOEx, en la redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre, en relación con los artículos 9.3 y 13.1 de la Constitución y 126.1 y 2, 217 a 211, 220 y 231 LGSS. A su amparo, y reiterando todos los argumentos que contiene la sentencia referencial, postula que declare su derecho a "la correspondiente prestación de desempleo con una base reguladora mensual de 737,10 euros", y se condene a la empresa empleadora y a la Entidad Gestora codemandadas a estar y pasar por tal declaración. La Comunidad Autónoma de Madrid (Servicio Regional de Empleo) única codemandada que ha comparecido se opone y el Ministerio Fiscal ha emitido el correspondiente informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

Para resolver la cuestión planteada parece oportuno descartar previamente las restantes normas y las sentencias de esta Sala que se citan en el desarrollo del recurso, además de las expresamente denunciadas. Y así:

I. Ni los Convenios nº 19 y 97 de la O.I.T. ni su Recomendación 151 ofrecen solución al tema.

El Convenio nº 19, "sobre la igualdad de trato en materia de indemnizaciones por accidentes del trabajo" de 5-6-1.925, (ratificado por España el 22-2-1.929 y por Cuba 6-8-1.928) porque regula exclusivamente dicha materia y no contiene previsión alguna sobre desempleo.

El Convenio nº 97, "relativo a los trabajadores migrantes" de 1-7-1.949 (ratificado por España el 23 de febrero de 1967) porque reserva el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad social solo a "los emigrantes que se encuentren legalmente" en el país (art. 6.1), es decir a las personas "normalmente

admitidas como trabajadores migrantes" (art. 11.1). Y en el caso, el recurrente no es extranjero "residente" (conforme a los arts. 30 bis 1 de la LOEx y art. 33 del RD 2393/2004 de 30 de diciembre, reglamento de la ley 4/2000 , "son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir") puesto que, como él mismo reconoce en varias ocasiones a lo largo de su recurso, carece de la oportuna autorización para residir.

Por su parte, la Recomendación 151 ninguna obligación impone al Estado español. Las Recomendaciones de la OIT, al contrario de lo que ocurre con sus Convenios que son vinculantes para los Estados miembros que los ratifican, contienen simples propuestas sin fuerza de obligar, a tenor de lo dispuesto en el art. 19. 6 d) de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo de 28 de junio de 1.919 (BOE 21-9-1982); aparte de que su art. 8.3 ha sido indebidamente transcrito en el recurso, donde se atribuye a la Recomendación la expresión "deberán disfrutar de la igualdad de trato" cuando el texto exacto es "deberían disfrutar de la igualdad de trato", como corresponde a una simple Recomendación.

II. El Real Decreto 84/1996 , "Reglamento general sobre Inscripción de Empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social" en la versión vigente en la fecha del hecho causante, no contenía mas previsión en relación con los extranjeros que la de su artículo 42 , y éste no arroja ninguna luz sobre el tema puesto que se limitaba a exigir que "a las solicitudes para su afiliación y alta (...) deberá acompañarse la copia del correspondiente permiso de trabajo", y el actor carece de él. Y la versión dada por el RD 1.041/2.005 de 5 de septiembre, en la que nos detendremos mas adelante, no permite la conclusión que pretende el recurrente.

III. En cuanto a las sentencias de esta Sala que se citan en el recurso, ninguna de ellas resuelve asunto similar al presente. Así: a) La de 9-6-03 (rcud. 4217/02) se pronuncia sobre prestaciones de asistencia sanitaria e incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, y no sobre un desempleo; y lo hace, además, respecto de un nacional de Ecuador, país que si bien no ha ratificado el Convenio 19 OIT, si mantiene con España el Convenio de Seguridad Social de 1 de abril de 1.960 que impone el principio de igualdad de trato entre ambos países. b) La de 7-10-03 (rcud.2153/02) resuelve una invalidez permanente absoluta derivada igualmente de accidente de trabajo, y no un desempleo, respecto de un nacional de Colombia, país que si había ratificado en 1.933 el Convenio 19 OIT. Y es en ese contexto donde se hace la siguiente afirmación: "a tenor de las expuestas normas, que evidencian una tendencia progresiva a la protección social de los emigrantes que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales, que culmina en las Leyes Orgánicas 4/ 2000 y 8/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y que responde a las obligaciones que imponen los Tratados y Convenios suscritos por España así como a la declaración de principios rectores de la política social que contiene el artículo 41 de la Constitución, sobre el régimen público de Seguridad Social, se ha de concluir, que el actor se encuentra incluido en el campo de protección de la Seguridad Social, a los efectos de la contingencia de accidente de trabajo por tratarse de extranjero hispanoamericano, cuya país de origen ratificó el Convenio número 19 de la OIT"; afirmación que, obviamente, no puede ser utilizada fuera del marco en que se pronunció, totalmente ajeno a la cuestión ahora debatida. c) Y la de 29-9-03 (rcud. 3003/02) declara nulo el despido de un argentino sin permiso de residencia ni de trabajo aplicando el art. 36.2 en versión LO 4/2000 , pero no hace pronunciamiento alguno respecto de prestaciones de S.Social. IV. Cabe señalar, por último, que el Reglamento de extranjería, aprobado por el Real Decreto 864/2001 de 11 de enero , que sería el aplicable al caso por razones temporales, no contenía disposición alguna relativa a la situación que contemplamos. Y que las previsiones del posterior Reglamento aprobado por el RD 2393/2004 de 30 de diciembre, que derogó el anterior, tampoco conducen al éxito del recurso, como luego veremos.

TERCERO.- El precepto en que, básicamente, fundamenta el recurrente su derecho al desempleo, es el actual artículo 36 de la LOEx. Dicho precepto, bajo el rótulo "autorización para la realización de actividades lucrativas" establece en su número primero que "Los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional precisarán de la correspondiente autorización administrativa para trabajar. Esta autorización habilitará al extranjero para residir durante el tiempo de su vigencia (se refiere al supuesto de los extranjeros que obtienen la autorización para trabajar desde el país de origen por estar incluidos en el contingente anual (arts.39 y sig. LOEx) y que según dispone el art. 51.12 del Reglamento 2393/2004 solo podrán comenzar su actividad laboral "a partir de la entrada legal en España") extinguiéndose si transcurrido un mes desde la notificación al empresario de la concesión de la misma, no se solicitase en su caso, el correspondiente visado". Y su número 3 que "Para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle".

Es cierto que las sucesivas modificaciones de la LOEx ponen de manifiesto una clara voluntad del legislador de ir ampliando la protección de los derechos laborales de los extranjeros, de los que se veían privados hasta entonces si no contaban con el correspondiente permiso de trabajo, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala que aparece recogida en las sentencias de 22-2-83, 30-10-85, 8-3-86 y 1-7-87 , entre otras.

Dichas sentencias, con apoyo en el RD 1031/1980 de 3 mayo , y en el art. 7 del Decreto de 27 julio 1968 que condicionaban la validez del contrato de trabajo suscrito por un extranjero para trabajar por cuenta ajena en España a la obtención del visado y a la expedición del permiso de trabajo, declararon que la ausencia de este último acarrea la nulidad radical del contrato de trabajo. Fue a partir de la reforma de la LOEx por la LO 8/2000, cuando el art. 36 estableció que la contratación de un extranjero sin contar con la necesaria "autorización administrativa para trabajar" (lo que antes se denominaba permiso de trabajo) "no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero". Y la LO 14/2003 supuso un nuevo avance al añadir al art. 36.3 un último inciso conforme al cual, la ausencia de la autorización para trabajar no "será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle".

Pero dicha normativa no permite concluir que el actor de este proceso tenga derecho a la prestación de desempleo que reclama.

CUARTO.- La LOEx asume, como señala expresamente en su exposición de motivos, la conclusión 18 del Consejo Europeo de Tampere que dice así: "la Unión Europea debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de sus Estados miembros. Una política de integración más decidida debería encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión". Y, en esa línea, a la hora de reconocer determinados derechos, distingue claramente a lo largo de todo su articulado entre el extranjero residente y aquel que se encuentra en situación irregular y regula los derechos de unos y otros de manera distinta. Concretamente en relación con la materia que nos ocupa, su art. 14 , bajo la rúbrica "derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales" establece lo siguiente:

"1. Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles. (Previsión por tanto en perfecta sintonía con el art. 7 LGSS , que dispone que: "estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualesquiera que sea su sexto, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España).

2. Los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles.

3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas." Pues bien, si partimos de que según el art. 30 . bis LO, "son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir", parece evidente que los extranjeros en situación irregular que están necesariamente, "a sensu contrario", incluidos en el párrafo tercero, carecen del derecho a las prestaciones de la Seguridad Social que el párrafo primero solo reconoce a los extranjeros residentes. De otro lado, no cabe olvidar que trabajar sin la oportuna autorización administrativa previa constituye para el extranjero en situación irregular, una falta grave. Así califica el art. 53.b) de la propia LO 4/2000 el hecho de "encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida"; y que por dicha falta puede ser sancionado incluso con su expulsión del territorio español (art. 57.1 de la misma LO).

QUINTO.- Atendiendo a lo expuesto, la interpretación del art. 36.3 en su inciso final "ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle" debe conducir a conclusiones distintas, en función

de cual sea la situación del trabajador extranjero.

Si éste cuenta con autorización de residencia, la falta de la autorización para trabajar, dado que ya no invalida

el contrato, no puede ser obstáculo para la obtención de las prestaciones de Seguridad Social, a las que el extranjero residente tiene derecho, ex. art. 14.1 de la propia LOEx, en pie de igualdad con los trabajadores españoles.

Si, por el contrario, el extranjero tampoco cuenta con la autorización de residencia, el hecho de trabajar sin la

autorización de trabajo, pese a ser una falta grave, no será obstáculo para que pueda obtener "las prestaciones

que pudieran corresponderle". Pero tales prestaciones, de acuerdo con el art. 14.3 LOEx antes transcrito, ya no serían las que reconoce en sus números 1 y 2 solo a los extranjeros "residentes", sino los "servicios y prestaciones sociales básicas"; entendiendo por tales, tanto los servicios sociales a los que alude el art. 53 LGSS , como aquellas prestaciones sociales que las leyes declaren o consideren básicas a estos efectos, entre las que cabe citar la prestación de asistencia sanitaria de urgencia que el art. 12 de la propia LOEx reconoce a todos los extranjeros sin distinción, y también las prestaciones que nuestra sentencia de 26-5-2004

(rec. 351/2003) calificó de "asistencia social externa a la S. Social que no está comprendida en la reserva competencial del Estado (artículo 149.1.17 de la Constitución), sino en el artículo 148 de la norma suprema, como competencia, que puede ser exclusiva, de las Comunidades Autónomas (STC 239/2002)".

Abona tal interpretación el argumento de que, desde la perspectiva finalista de la LOEx, no es lógico que el extranjero en situación irregular, es decir no residente, pueda acceder por el hecho de cometer una falta

grave

que autoriza a su expulsión, a cualesquiera prestaciones de S.Social, a las que inicialmente y de acuerdo con el

art. 14 de la misma LOEx, nunca tendría derecho. Ni tampoco es lógico, reconocer a los extranjeros en situación

irregular, los mismos derechos que a los extranjeros residentes (que en la materia que nos ocupa tienen los mismos que los españoles) cuando es notorio que la legislación española de extranjería ha estado orientada siempre a estimular la emigración legal.

Baste recordar, a este respecto, que La LO 7/1985 de 1 de julio, sobre "Derechos y libertades de los extranjeros

en España", ya lo señalaba en su exposición de motivos: "Es necesario diferenciar, con absoluta claridad, las

situaciones de legalidad de las de ilegalidad. Por ello, la Ley asegura la plenitud de los derechos y las garantías

para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España. Y al propio tiempo, y en prevención de las alteraciones que pudieran en su caso producirse, respecto de la convivencia social, por la presencia de extranjeros en términos no legales en España, desarrolla las medidas específicas para impedir tales situaciones". Que la LO 4/2000 en el punto IV de su exposición de motivos subraya también que su objetivo es "incentivar a los extranjeros a entrar y residir en nuestro país dentro del marco de la regularidad, frente a la entrada y estancia irregular". Y que la exposición de motivos de la LO 14/2003 vuelve a repetir que

la mejora de la gestión que establece tiene "el fin de favorecer la **inmigración** legal y la integración de los extranjeros que, de esta manera, accedan y residan en nuestro territorio".

Conviene no obstante advertir que los razonamientos expuestos y los que se van a exponer en los fundamentos

siguientes se refieren, como es lógico, a la prestación de desempleo de la Seguridad Social, que es la que aquí

se reclama. Y que deben entenderse sin perjuicio de la posible responsabilidad indemnizatoria por daños y perjuicios que pudiera exigirse al empresario que da ocupación al extranjero no residente o irregular, en caso

de aparición de determinadas contingencias comunes, siempre y cuando la ausencia de los requisitos que impiden acceder a las correspondientes prestaciones de Seguridad Social sea imputable a la actuación del empleador; responsabilidad que en tales casos tendría, repetimos, un carácter meramente indemnizatorio y sería por tanto, directa del empresario, a su exclusivo cargo y sin obligación alguna para las entidades gestoras

o colaboradoras. Y ello, porque del propio hecho de la contratación irregular, nace para éste la obligación de asumir (art. 36.3 LOEx) las "responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social"; responsabilidades que no pueden ceñirse exclusivamente a las relativas a la cotización que ya son exigibles por la vía del art. 48 de la Ley 62/2003, porque en tal caso resultaría que se estaría limitando indebidamente el objetivo del art. 36.3 LOEx y de toda la legislación de extranjería, que es desincentivar la contratación de extranjeros en situación irregular, y se llegaría al resultado contrario y paradójico de exigir menor responsabilidad al empresario que incurre en la mas grave infracción.

SEXTO.- No obstante lo dicho hasta ahora, la circunstancia de que el art. 36.3 LOEx aluda, genéricamente, a

"las prestaciones que pudieran corresponderle", sin limitarlas a las que enumera el art. 14.3 de la LOEx, ha llevado a este Tribunal a entender que el citado párrafo remite al conjunto de la normativa legal aplicable,

JURISPRUDENCIA

6

entre la que se encuentra los Convenios internacionales suscritos por España (art. 96.1 de la Constitución).

Y en función de ello ha reconocido a los extranjeros no residentes que prestan servicios sin contar además con la oportuna autorización para trabajar por cuenta ajena, el derecho a las prestaciones de Seguridad Social

derivadas exclusivamente de contingencias profesionales, y a condición de que los afectados sean oriundos, bien de países que, como España, hayan suscrito el Convenio 19 de la OIT, bien de países con los que España

tiene suscritos Convenios de Seguridad Social que establezcan un régimen de reciprocidad en la materia. Y lo

ha hecho así por considerar suficiente esa cobertura legislativa para conceder "una protección que, en nuestro

sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva

Ley de Accidentes de Trabajo de 1.900" (s. de 9-6-03 (rcud. 4271/02) antes citada), hasta el punto de que

la protección de la integridad física, que queda afectada en todo accidente de trabajo, constituye un derecho expresamente reconocido en el Estatuto de los Trabajadores (art. 4.2 .d).

Solución que fue asumida finalmente por el RD. 84/1996, "Reglamento general sobre Inscripción de Empresas

y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social" en la redacción dada por el RD 1.041/2.005 de 5 de septiembre, cuando ya estaba vigente la versión que del art. 36.3 LOEx que introdujo la LO 14/2003 y que, por ello, debe entenderse que desarrolla sus previsiones. Y su art. 42.2 reconoce

a "los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925 , que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida".

SEPTIMO.- No es posible, sin embargo, aplicar tal previsión al caso, puesto que lo que ahora se cuestiona no

una prestación derivada de contingencias profesionales, sino el reconocimiento del derecho a la prestación de desempleo a los emigrantes irregulares o no residentes.

Y no es posible porque, de un lado, al contrario de lo que ocurre con las contingencias profesionales, no existen

Convenios Internacionales integrados en nuestra normativa interna, que así lo autoricen. Y de otro, porque la

LOEx tampoco prevé ese derecho, según lo antes razonado. Es mas, la adopción de la decisión contraria, sería

tanto como desconocer la finalidad que pretende la LOEx que es incentivar la entrada y la estancia regular de

los extranjeros en España. El reconocimiento de todas las prestaciones de S.Social a los irregulares, que es a

la postre a lo que conduce la concesión del desempleo, supondría la plena equiparación entre los extranjeros

residentes y la emigración irregular o **clandestina**; con la lógica desincentivación que supone para el extranjero

que tiene que acudir a los complejos trámites necesarios para conseguir una autorización de residencia, o una

autorización de residencia y trabajo, el saber que puede disfrutar de los mismos derechos mediante la entrada

clandestina en el país.

Ello implicaría, además, la creación judicial de una especie de regularización, encubierta y en espiral, del emigrante irregular quien, pese a que en ningún caso podría obtener la autorización de residencia (art. 50.g)

del RD 2393/2004), no podría sin embargo ser expulsado del país mientras estuviera percibiendo la prestación

de desempleo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 57.5 . d) de la LOEx (en buena lógica hay que entender que

este supuesto de suspensión de la expulsión, no está previsto para este caso, sino para los de irregularidad sobrevenida, distinto del que examinamos; es decir el del extranjero residente que está percibiendo una prestación de desempleo consecutiva al desempeño de un trabajo por cuenta ajena amparado en un contrato

de trabajo regularizado, y al que con posterioridad a la finalización del trabajo le ha caducado la autorización de

residencia). Y además durante el tiempo de percepción de la prestación podría volver a buscar otra ocupación

laboral sin contar con la correspondiente autorización para trabajar, a cuyo final, de aceptarse la tesis que defiende el recurrente, se generaría un nuevo derecho a desempleo, con la consiguiente nueva imposibilidad

de llevar a cabo la expulsión.

OCTAVO.- Finalmente, y aunque hubiera sido de aplicación al caso el último párrafo del nº 2 del art. 42 del RD.

84/1996 en la redacción dada por el RD 1.041/2.005 de 5 de septiembre : "Los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo

establecido

en la Ley"(regla que por cierto presenta graves dificultades de coordinación con las anteriores que contiene el

mismo artículo), tampoco surgiría el derecho a la prestación de desempleo.

El art. 42.2 alude solo a "determinadas prestaciones", aunque sin concretarlas, lo que no permite otorgarle un

alcance omnicomprendivo de todas las prestaciones de Seguridad Social que sería, como antes apuntamos, lo que resultaría si entendiéramos incluido el desempleo contributivo en esas "determinadas prestaciones". Y

JURISPRUDENCIA

7

aún entonces, persistiría el obstáculo que nace de la propia previsión del precepto, que condiciona el acceso a

esas determinadas prestaciones a que éstas se hubieran podido obtener "de acuerdo con lo establecido en la

Ley". Porque la Ley General de la Seguridad Social que regula la prestación de desempleo, ha establecido para

su reconocimiento, como acertadamente razona la sentencia recurrida, una serie de requisitos que en ningún

caso pueden cumplir los extranjeros en situación irregular, como vamos a ver.

NOVENO.- El art. 203.1 LGSS solo otorga el derecho al desempleo a quienes "pudiendo y queriendo trabajar"

pierden el empleo; y los extranjeros no residentes aunque quieran, no pueden trabajar legalmente puesto que no

pueden obtener la pertinente autorización administrativa para ello, ya que ésta, de acuerdo con las previsiones

de la LOEx, solo se concede bien a extranjeros ya residentes en España, bien a quienes llegan a ella provistos

del permiso de residencia y trabajo que se otorga en los países de origen a quienes integran el contingente anual.

El art. 209.1 LGSS establece que solo pueden solicitar la prestación de desempleo, "las personas que cumplan

los requisitos establecidos en el art. 207 " y ya hemos vistos que el extranjero irregular, como es el caso del ahora recurrente, no los cumple. Y añade, además, que "la solicitud [de desempleo] requerirá la inscripción como demandante de empleo si la misma no se hubiera efectuado previamente"; y es evidente que el extranjero

irregular tampoco puede formalizar esa inscripción. La Resolución de 11 de julio de 1.996, de la Dirección General Instituto Nacional de Empleo (BOE de 9 agosto) establece que solo podrán inscribirse en las oficinas

de empleo los extranjeros no pertenecientes a países miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico

Europeo que, "en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y trabajo de los extranjeros en España,

tengan reconocido el derecho de acceso al mercado nacional de trabajo, o la posibilidad de acceder al mismo".

Y el actor de este proceso, dada su situación irregular no tenía reconocido ese derecho ni ahora, ni cuando fue contratado.

Exigencia que por cierto reitera la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 22 de noviembre de 2.006 "por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación" (BOE de 6 de diciembre), que, aun inaplicable al caso por

razones temporales, tiene un evidente valor orientador. En su artículo 1º dispone que pueden inscribirse como

demandantes de empleo solo "los extranjeros que en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y

trabajo de los extranjeros en España, tengan reconocido el derecho de acceso al mercado de trabajo". Y en su

artículo 2 , al enumerar los "documentos acreditativos que dan derecho de acceso al mercado de trabajo" exige

siempre la "autorización de residencia", además de estar "en posesión de una autorización administrativa para

trabajar o bien, no estando en posesión de ella, y encontrándose legalmente en España, estar en condiciones

de acceder a ella".

Por su parte el art. 207.c) LGSS exige como requisito inexcusable, para tener derecho a desempleo: "acreditar

disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción

del compromiso de actividad al que se refiere el art. 231 LGSS ". Pues bien, el actor, dada su situación de irregularidad y mientras ésta persista, no puede suscribir dicho compromiso, que es obligación que le impone

el art. 231.1.h) LGSS, y que comporta, según el número 2 del mismo artículo numerosas obligaciones, entre ellas las requeridas por el art. 207 de búsqueda activa de empleo y de aceptación de colocación adecuada, que el extranjero irregular no puede atender puesto que no puede realizar ninguna actividad laboral.

Debe señalarse, por último, que la ausencia de tales requisitos no puede ser imputable al empresario, salvo que éste forme parte de las "redes organizadas para la **inmigración** ilegal o el tráfico ilícito de mano de obra"

de las que habla el art. 59 LO 4/2000 , puesto que la situación de irregularidad por ausencia de autorización de

residencia, es previa a la contratación y solo responsabilidad del propio extranjero "no residente", que decidió

entrar y permanecer ilegalmente en España; lo que impediría, incluso, el nacimiento de la responsabilidad indemnizatoria a la que hemos aludido en el fundamento quinto "in fine" y que en este caso no se ha solicitado.

DECIMO.- Todo lo expuesto lleva a la conclusión de que la prestación de desempleo, solo la puede obtener el

extranjero residente que ha realizado servicios por cuenta ajena sin contar con la pertinente autorización para

trabajar (fue la situación que contemplaron las sentencias de 21-12-94, rcud. 1466/94; 21-9-95, rcud. 834/95 y 25-9-95, rcud. 3854/94), pero no el que, como el actor, se encuentra en España en situación irregular. La sentencia recurrida resolvió, pues, de acuerdo con la buena doctrina.

Procede por ello la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Don

Inocencio frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 16 de enero de 2.007 (rec.3847/06). Sin condena en costas (art. 233.1 LPL).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

JURISPRUDENCIA

8

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación

de D. Inocencio contra sentencia de 16 de enero de 2007 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior

de Justicia de Madrid , que confirmamos, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de 13 de febrero de 2006 dictada por el Juzgado de lo Social de Madrid nº 14. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda ,con la certificación y comunicación de

esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos

y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr.

Magistrado D. Joaquín Samper Juan hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal

Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

JURISPRUDENCIA

1

Roj: **STS 1864/2008** - ECLI: **ES:TS:2008:1864**

Id Cendoj: **28079140012008100172**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/03/2008**

Nº de Recurso: **800/2007**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOAQUIN SAMPER JUAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Marzo de dos mil ocho.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de D. Inocencio contra sentencia de 16 de enero de 2007 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la que se resuelve el recurso de suplicación

interpuesto por el demandante contra la sentencia de 13 de febrero de 2006 dictada por el Juzgado de lo Social de Madrid nº 14 en autos seguidos por D. Inocencio frente a Servicio Regional de Empleo Estatal de la

CAM, el Servicio Público de empleo Estatal, Lápiz y Papel Servicios del Espectaculo, S.L. y Fondo de Garantía

Salarial sobre desempleo.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JOAQUÍN SAMPER JUAN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de febrero de 2006 el Juzgado de lo Social de Madrid nº 14 dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando las excepciones de falta de legitimación pasiva y falta de reclamación previa opuestas por la parte demandada y desestimando la demanda interpuesta por D Inocencio contra el Servicio Regional de Empleo Estatal de la CAM, el Servicio Público de empleo Estatal, Lápiz y Papel Servicios del Espectaculo, S.L. y Fondo de Garantía Salarial, debo absolver y absuelvo a dichas

demandadas de las pretensiones contra ellas deducidas en la demanda".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " PRIMERO.- El actor D. Inocencio , con el número de pasaporte NUM000 , vino prestando servicios para la empresa codemandada Lápiz y Papel Servicios del Espectáculo, SL, desde el 4 de enero de 2003, con la categoría profesional de oficial, percibiendo un salario mensual de 737,10 euros, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- Con fecha 26 de noviembre de 2004 por el Juzgado de lo Social núm. 9 de Madrid, en autos 964/2004

se dictó sentencia estimando en parte la demanda, declarando improcedente el despido del actor efectuado el 7 de septiembre del 2004 y condenando a la empresa hoy codemandada a abonar al actor la cantidad de 1.842,75 euros de indemnización y salarios de tramitación, quedando extinguida la relación laboral con efectos de la Sentencia. Dicha sentencia fue aclarada mediante auto de fecha 28 de diciembre del 2004 , y por otro auto de 4 de enero de 2005. TERCERO.- El actor con fecha 17 de mayo de 2005 presentó ante el Servicio Público de Empleo Estatal, escrito solicitando resolución expresa sobre el derecho de prestaciones por desempleo, alegando tener dicha solicitud el valor de reclamación previa para el caso de no existir acuerdo

o resolución. Asimismo el actor con fecha 20 de enero de 2005 y con fecha 3 de marzo de 2005 presentó sendos escritos ante el Servicio Regional de Empleo solicitando resolución expresa sobre el reconocimiento del derecho de inscripción como demandante de empleo, manifestando que dicha solicitud tiene el valor de reclamación previa para el caso de no existir acuerdo o resolución. No consta resolución expresa por parte de

ninguna de las dos entidades. CUARTO.- El actor carece del correspondiente permiso de trabajo para trabajar

en España. QUINTO.- Para el caso de estimarse la demanda la base reguladora mensual de la prestación por

JURISPRUDENCIA

2

desempleo que correspondería al actor ascendería a la cantidad de 737,10 euros, y la fecha de efectos el día siguiente a la relación laboral, aspectos sobre los que las partes comparecientes muestran su conformidad".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Inocencio ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid la cual dictó sentencia en fecha 16 de enero de 2007 en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva:

"Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso de Suplicación interpuesto por D. Inocencio contra la sentencia de fecha trece de febrero del dos mil seis dictada por el Juzgado de lo Social número CATORCE de Madrid , en virtud de demanda formulada por la parte recurrente contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, SERVICIO REGIONAL DE EMPLEO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID y LÁPIZ Y PAPEL SERVICIOS DEL ESPECTÁCULO, SL, sobre DESEMPLEO, y, en consecuencia, que debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS la expresada resolución".

CUARTO.- Por la representación procesal de D. Inocencio se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, de fecha 21 de noviembre de 2005.

QUINTO.- Por providencia de fecha 3 de julio de 2007 se procedió a admitir a trámite el citado recurso y, tras ser impugnado el recurso, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó informe en el sentido de considerarlo procedente, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día trece de marzo de 2008, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el recurso de casación para la unificación de doctrina que examinamos, consiste en determinar si tiene o no derecho a inscribirse como demandante de empleo y percibir las prestaciones de desempleo de Seguridad Social que correspondan por el tiempo trabajado, un extranjero que sin contar con la autorización para residir que prevé el art. 30 bis de la LO 4/2000 (en adelante, extranjero no residente o en situación irregular) y tampoco con la autorización previa para trabajar, ha prestado servicios para una empresa (en el caso, desde el 4 de enero de 2.003 hasta el 7 de septiembre de 2.004) sin ser dado de alta en Seguridad Social, y cuyo despido fue declarado improcedente por sentencia firme.

Siendo esa la situación del ahora recurrente en casación unificadora, la sentencia del Juzgado de lo Social 14 de Madrid negó la existencia de tal derecho. Y la ahora recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 16 de enero de 2.007 (rec.3847/06) confirmó el pronunciamiento de instancia razonando, en síntesis, que en este caso el derecho al desempleo que se reclama, no puede considerarse incluido en las previsiones del art. 36.1 de la Ley Orgánica 4/2000 "sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social" (en adelante LOEx) tras su reforma por la Ley Orgánica 14/2003, ni en el art. 42 del Real Decreto 84/96 , redacción del R.D. 1041/05 , puesto que el actor, dada la situación irregular en que se encuentra al carecer de la autorización administrativa de residencia, no puede cumplir con el requisito que exige el artículo 207 .c) (acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada) ni suscribir el compromiso de actividad que requiere el art. 209.1 en relación con el art. 231.h), ni buscar activamente empleo, obligación que le impone el apartado i) del propio art. 231, todos ellos de la LGSS .

Por el contrario, la sentencia de 21 de noviembre de 2.005 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en Valladolid, elegida como referencial, ante situación prácticamente idéntica (difieren solo la nacionalidad del trabajador -- cubano en este caso y rumano en la de contraste -- y el tiempo en que se prestaron los servicios, desde el 12-1-02 al 16-2-04 en la referencial) reconoció al actor dicho derecho, y condenó a la empresa empleadora al abono de la prestación de desempleo como responsable directa, y al Servicio Público de Empleo Estatal a adelantarla, sin perjuicio de su derecho de reintegro frente a la empresa.

Concurre pues el presupuesto de la contradicción exigido por el art. 217 LPL para poder examinar la

cuestión

de fondo planteada, puesto que las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos pese a la identidad subjetiva y objetiva de los casos que resuelven.

SEGUNDO.- La parte recurrente, en el motivo dedicado al examen de la infracción legal, denuncia la del artículo

36.3 de la LOEx, en la redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre, en relación con los artículos 9.3 y 13.1 de la Constitución y 126.1 y 2, 217 a 211, 220 y 231 LGSS. A su amparo, y reiterando todos

los argumentos que contiene la sentencia referencial, postula que declare su derecho a "la correspondiente prestación de desempleo con una base reguladora mensual de 737,10 euros", y se condene a la empresa empleadora y a la Entidad Gestora codemandadas a estar y pasar por tal declaración. La Comunidad Autónoma

JURISPRUDENCIA

3

de Madrid (Servicio Regional de Empleo) única codemandada que ha comparecido se opone y el Ministerio Fiscal ha emitido el correspondiente informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

Para resolver la cuestión planteada parece oportuno descartar previamente las restantes normas y las sentencias de esta Sala que se citan en el desarrollo del recurso, además de las expresamente denunciadas.

Y así:

I. Ni los Convenios nº 19 y 97 de la O.I.T. ni su Recomendación 151 ofrecen solución al tema.

El Convenio nº 19, "sobre la igualdad de trato en materia de indemnizaciones por accidentes del trabajo" de 5-6-1.925, (ratificado por España el 22-2-1.929 y por Cuba 6-8-1.928) porque regula exclusivamente dicha

materia y no contiene previsión alguna sobre desempleo.

El Convenio nº 97, "relativo a los trabajadores migrantes" de 1-7-1.949 (ratificado por España el 23 de febrero

de 1967) porque reserva el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad social solo a "los emigrantes

que se encuentren legalmente" en el país (art. 6.1), es decir a las personas "normalmente admitidas como trabajadores migrantes" (art. 11.1). Y en el caso, el recurrente no es extranjero "residente" (conforme a los arts.

30 bis 1 de la LOEx y art. 33 del RD 2393/2004 de 30 de diciembre, reglamento de la ley 4/2000, "son residentes

los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir") puesto que, como él mismo reconoce en varias ocasiones a lo largo de su recurso, carece de la oportuna autorización para residir.

Por su parte, la Recomendación 151 ninguna obligación impone al Estado español. Las Recomendaciones de

la OIT, al contrario de lo que ocurre con sus Convenios que son vinculantes para los Estados miembros que los ratifican, contienen simples propuestas sin fuerza de obligar, a tenor de lo dispuesto en el art. 19. 6 d) de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo de 28 de junio de 1.919 (BOE 21-9-1982); aparte

de que su art. 8.3 ha sido indebidamente transcrito en el recurso, donde se atribuye a la Recomendación la expresión "deberán disfrutar de la igualdad de trato" cuando el texto exacto es "deberían disfrutar de la igualdad

de trato", como corresponde a una simple Recomendación.

II. El Real Decreto 84/1996, "Reglamento general sobre Inscripción de Empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social" en la versión vigente en la fecha del hecho causante, no contenía mas previsión en relación con los extranjeros que la de su artículo 42, y éste no arroja

ninguna luz sobre el tema puesto que se limitaba a exigir que "a las solicitudes para su afiliación y alta (...) deberá acompañarse la copia del correspondiente permiso de trabajo", y el actor carece de él. Y la versión dada

por el RD 1.041/2.005 de 5 de septiembre, en la que nos detendremos mas adelante, no permite la conclusión

que pretende el recurrente.

III. En cuanto a las sentencias de esta Sala que se citan en el recurso, ninguna de ellas resuelve asunto similar

al presente. Así: a) La de 9-6-03 (rcud. 4217/02) se pronuncia sobre prestaciones de asistencia sanitaria e incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, y no sobre un desempleo; y lo hace, además, respecto

de un nacional de Ecuador, país que si bien no ha ratificado el Convenio 19 OIT, si mantiene con España el Convenio de Seguridad Social de 1 de abril de 1.960 que impone el principio de igualdad de trato entre ambos

países. b) La de 7-10-03 (rcud.2153/02) resuelve una invalidez permanente absoluta derivada igualmente de accidente de trabajo, y no un desempleo, respecto de un nacional de Colombia, país que si había ratificado en 1.933 el Convenio 19 OIT. Y es en ese contexto donde se hace la siguiente afirmación: "a tenor de las expuestas normas, que evidencian una tendencia progresiva a la protección social de los emigrantes que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales, que culmina en las Leyes Orgánicas 4/ 2000 y 8/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y que responde a las obligaciones que imponen los Tratados y Convenios suscritos por España así como a la declaración de principios rectores de la política social que contiene el artículo 41 de la Constitución, sobre el régimen público de Seguridad Social, se ha de concluir, que el actor se encuentra incluido

en el campo de protección de la Seguridad Social, a los efectos de la contingencia de accidente de trabajo por tratarse de extranjero hispanoamericano, cuya país de origen ratificó el Convenio número 19 de la OIT"; afirmación que, obviamente, no puede ser utilizada fuera del marco en que se pronunció, totalmente ajeno a la

cuestión ahora debatida. c) Y la de 29-9-03 (rcud. 3003/02) declara nulo el despido de un argentino sin permiso

de residencia ni de trabajo aplicando el art. 36.2 en versión LO 4/2000 , pero no hace pronunciamiento alguno

respecto de prestaciones de S.Social.

IV. Cabe señalar, por último, que el Reglamento de extranjería, aprobado por el Real Decreto 864/2001 de 11

de enero , que sería el aplicable al caso por razones temporales, no contenía disposición alguna relativa a la situación que contemplamos. Y que las previsiones del posterior Reglamento aprobado por el RD 2393/2004 de 30 de diciembre, que derogó el anterior, tampoco conducen al éxito del recurso, como luego veremos.

JURISPRUDENCIA

4

TERCERO.- El precepto en que, básicamente, fundamenta el recurrente su derecho al desempleo, es el actual

artículo 36 de la LOEx. Dicho precepto, bajo el rótulo "autorización para la realización de actividades lucrativas"

establece en su número primero que "Los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional precisarán de la correspondiente autorización administrativa para trabajar. Esta

autorización habilitará al extranjero para residir durante el tiempo de su vigencia (se refiere al supuesto de los extranjeros que obtienen la autorización para trabajar desde el país de origen por estar incluidos en el contingente anual (arts.39 y sig. LOEx) y que según dispone el art. 51.12 del Reglamento 2393/2004 solo podrán comenzar su actividad laboral "a partir de la entrada legal en España") extinguiéndose si transcurrido un mes desde la notificación al empresario de la concesión de la misma, no se solicitase en su caso, el correspondiente visado"". Y su número 3 que "Para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo. La carencia de la correspondiente

autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas

en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle".

Es cierto que las sucesivas modificaciones de la LOEx ponen de manifiesto una clara voluntad del legislador de ir ampliando la protección de los derechos laborales de los extranjeros, de los que se veían privados hasta entonces si no contaban con el correspondiente permiso de trabajo, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala que aparece recogida en las sentencias de 22-2-83, 30-10-85, 8-3-86 y 1-7-87 , entre otras. Dichas sentencias, con apoyo en el RD 1031/1980 de 3 mayo , y en el art. 7 del Decreto de 27 julio 1968 que

condicionaban la validez del contrato de trabajo suscrito por un extranjero para trabajar por cuenta ajena en España a la obtención del visado y a la expedición del permiso de trabajo, declararon que la ausencia de este

último acarreaba la nulidad radical del contrato de trabajo.

Fue a partir de la reforma de la LOEx por la LO 8/2000, cuando el art. 36 estableció que la contratación de un extranjero sin contar con la necesaria "autorización administrativa para trabajar" (lo que antes se denominaba permiso de trabajo) "no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero". Y la LO 14/2003 supuso un nuevo avance al añadir al art. 36.3 un último inciso conforme al cual,

la

ausencia de la autorización para trabajar no "será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle".

Pero dicha normativa no permite concluir que el actor de este proceso tenga derecho a la prestación de desempleo que reclama.

CUARTO.- La LOEx asume, como señala expresamente en su exposición de motivos, la conclusión 18 del Consejo Europeo de Tampere que dice así: "la Unión Europea debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de sus Estados miembros. Una política de integración más decidida debería encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión". Y, en esa línea, a la hora de reconocer determinados derechos, distingue claramente a lo largo de todo su articulado entre el extranjero residente y aquel que se encuentra en situación

irregular y regula los derechos de unos y otros de manera distinta. Concretamente en relación con la materia que nos ocupa, su art. 14 , bajo la rúbrica "derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales" establece lo siguiente:

"1. Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social

en las mismas condiciones que los españoles. (Previsión por tanto en perfecta sintonía con el art. 7 LGSS , que dispone que: "estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualesquiera que sea su sexto, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España).

2. Los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales

y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles.

3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas."

Pues bien, si partimos de que según el art. 30 . bis LO, "son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir", parece evidente que los extranjeros en situación irregular que están necesariamente, "a sensu contrario", incluidos en el párrafo tercero, carecen del derecho a

las prestaciones de la Seguridad Social que el párrafo primero solo reconoce a los extranjeros residentes. De otro lado, no cabe olvidar que trabajar sin la oportuna autorización administrativa previa constituye para el

extranjero en situación irregular, una falta grave. Así califica el art. 53.b) de la propia LO 4/2000 el hecho de "encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa

JURISPRUDENCIA

5

previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida"; y que por dicha falta puede ser

sancionado incluso con su expulsión del territorio español (art. 57.1 de la misma LO).

QUINTO.- Atendiendo a lo expuesto, la interpretación del art. 36.3 en su inciso final "ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle" debe conducir a conclusiones distintas, en función

de cual sea la situación del trabajador extranjero.

Si éste cuenta con autorización de residencia, la falta de la autorización para trabajar, dado que ya no invalida

el contrato, no puede ser obstáculo para la obtención de las prestaciones de Seguridad Social, a las que el extranjero residente tiene derecho, ex. art. 14.1 de la propia LOEx, en pie de igualdad con los trabajadores españoles.

Si, por el contrario, el extranjero tampoco cuenta con la autorización de residencia, el hecho de trabajar sin la

autorización de trabajo, pese a ser una falta grave, no será obstáculo para que pueda obtener "las prestaciones

que pudieran corresponderle". Pero tales prestaciones, de acuerdo con el art. 14.3 LOEx antes transcrito, ya no serían las que reconoce en sus números 1 y 2 solo a los extranjeros "residentes", sino los "servicios y prestaciones sociales básicas"; entendiendo por tales, tanto los servicios sociales a los que alude el art. 53 LGSS , como aquellas prestaciones sociales que las leyes declaren o consideren básicas a estos efectos, entre las que cabe citar la prestación de asistencia sanitaria de urgencia que el art. 12 de la propia LOEx reconoce a todos los extranjeros sin distinción, y también las prestaciones que nuestra sentencia de 26-5-2004

(rec. 351/2003) calificó de "asistencia social externa a la S. Social que no está comprendida en la reserva competencial del Estado (artículo 149.1.17 de la Constitución), sino en el artículo 148 de la norma suprema, como competencia, que puede ser exclusiva, de las Comunidades Autónomas (STC 239/2002)".

Abona tal interpretación el argumento de que, desde la perspectiva finalista de la LOEx, no es lógico que el extranjero en situación irregular, es decir no residente, pueda acceder por el hecho de cometer una falta grave

que autoriza a su expulsión, a cualesquiera prestaciones de S.Social, a las que inicialmente y de acuerdo con el

art. 14 de la misma LOEx, nunca tendría derecho. Ni tampoco es lógico, reconocer a los extranjeros en situación

irregular, los mismos derechos que a los extranjeros residentes (que en la materia que nos ocupa tienen los mismos que los españoles) cuando es notorio que la legislación española de extranjería ha estado orientada siempre a estimular la emigración legal.

Baste recordar, a este respecto, que La LO 7/1985 de 1 de julio, sobre "Derechos y libertades de los extranjeros

en España", ya lo señalaba en su exposición de motivos: "Es necesario diferenciar, con absoluta claridad, las

situaciones de legalidad de las de ilegalidad. Por ello, la Ley asegura la plenitud de los derechos y las garantías

para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España. Y al propio tiempo, y en prevención de las alteraciones que pudieran en su caso producirse, respecto de la convivencia social, por la presencia de extranjeros en términos no legales en España, desarrolla las medidas específicas para impedir tales situaciones". Que la LO 4/2000 en el punto IV de su exposición de motivos subraya también que su objetivo es "incentivar a los extranjeros a entrar y residir en nuestro país dentro del marco de la regularidad, frente a la entrada y estancia irregular". Y que la exposición de motivos de la LO 14/2003 vuelve a repetir que

la mejora de la gestión que establece tiene "el fin de favorecer la **inmigración** legal y la integración de los extranjeros que, de esta manera, accedan y residan en nuestro territorio".

Conviene no obstante advertir que los razonamientos expuestos y los que se van a exponer en los fundamentos

siguientes se refieren, como es lógico, a la prestación de desempleo de la Seguridad Social, que es la que aquí

se reclama. Y que deben entenderse sin perjuicio de la posible responsabilidad indemnizatoria por daños y perjuicios que pudiera exigirse al empresario que da ocupación al extranjero no residente o irregular, en caso

de aparición de determinadas contingencias comunes, siempre y cuando la ausencia de los requisitos que impiden acceder a las correspondientes prestaciones de Seguridad Social sea imputable a la actuación del empleador; responsabilidad que en tales casos tendría, repetimos, un carácter meramente indemnizatorio y sería por tanto, directa del empresario, a su exclusivo cargo y sin obligación alguna para las entidades gestoras

o colaboradoras. Y ello, porque del propio hecho de la contratación irregular, nace para éste la obligación de asumir (art. 36.3 LOEx) las "responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social"; responsabilidades que no pueden ceñirse exclusivamente a las relativas a la cotización que ya son exigibles por la vía del art. 48 de la Ley 62/2003 , porque en tal caso resultaría que se estaría limitando indebidamente el objetivo del art. 36.3 LOEx y de toda la legislación de extranjería, que es desincentivar la contratación de extranjeros en situación irregular, y se llegaría al resultado contrario y paradójico de exigir menor responsabilidad al empresario que incurre en la mas grave infracción.

SEXTO.- No obstante lo dicho hasta ahora, la circunstancia de que el art. 36.3 LOEx aluda, genéricamente, a

"las prestaciones que pudieran corresponderle", sin limitarlas a las que enumera el art. 14.3 de la LOEx, ha llevado a este Tribunal a entender que el citado párrafo remite al conjunto de la normativa legal aplicable,

JURISPRUDENCIA

6

entre la que se encuentra los Convenios internacionales suscritos por España (art. 96.1 de la Constitución). Y en función de ello ha reconocido a los extranjeros no residentes que prestan servicios sin contar además con la oportuna autorización para trabajar por cuenta ajena, el derecho a las prestaciones de Seguridad Social

derivadas exclusivamente de contingencias profesionales, y a condición de que los afectados sean oriundos, bien de países que, como España, hayan suscrito el Convenio 19 de la OIT, bien de países con los que España

tiene suscritos Convenios de Seguridad Social que establezcan un régimen de reciprocidad en la materia. Y lo

ha hecho así por considerar suficiente esa cobertura legislativa para conceder "una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1.900" (s. de 9-6-03 (rcud. 4271/02) antes citada), hasta el punto de que la protección de la integridad física, que queda afectada en todo accidente de trabajo, constituye un derecho expresamente reconocido en el Estatuto de los Trabajadores (art. 4.2 .d).

Solución que fue asumida finalmente por el RD. 84/1996, "Reglamento general sobre Inscripción de Empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social" en la redacción dada por el RD 1.041/2.005 de 5 de septiembre, cuando ya estaba vigente la versión que del art. 36.3 LOEx que introdujo la LO 14/2003 y que, por ello, debe entenderse que desarrolla sus previsiones. Y su art. 42.2 reconoce a "los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925 , que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida".

SEPTIMO.- No es posible, sin embargo, aplicar tal previsión al caso, puesto que lo que ahora se cuestiona no es una prestación derivada de contingencias profesionales, sino el reconocimiento del derecho a la prestación de desempleo a los emigrantes irregulares o no residentes.

Y no es posible porque, de un lado, al contrario de lo que ocurre con las contingencias profesionales, no existen Convenios Internacionales integrados en nuestra normativa interna, que así lo autoricen. Y de otro, porque la LOEx tampoco prevé ese derecho, según lo antes razonado. Es mas, la adopción de la decisión contraria, sería tanto como desconocer la finalidad que pretende la LOEx que es incentivar la entrada y la estancia regular de los extranjeros en España. El reconocimiento de todas las prestaciones de S.Social a los irregulares, que es a la postre a lo que conduce la concesión del desempleo, supondría la plena equiparación entre los extranjeros residentes y la emigración irregular o **clandestina**; con la lógica desincentivación que supone para el extranjero que tiene que acudir a los complejos trámites necesarios para conseguir una autorización de residencia, o una autorización de residencia y trabajo, el saber que puede disfrutar de los mismos derechos mediante la entrada **clandestina** en el país.

Ello implicaría, además, la creación judicial de una especie de regularización, encubierta y en espiral, del emigrante irregular quien, pese a que en ningún caso podría obtener la autorización de residencia (art. 50.g) del RD 2393/2004), no podría sin embargo ser expulsado del país mientras estuviera percibiendo la prestación de desempleo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 57.5 . d) de la LOEx (en buena lógica hay que entender que este supuesto de suspensión de la expulsión, no está previsto para este caso, sino para los de irregularidad sobrevenida, distinto del que examinamos; es decir el del extranjero residente que está percibiendo una prestación de desempleo consecutiva al desempeño de un trabajo por cuenta ajena amparado en un contrato de trabajo regularizado, y al que con posterioridad a la finalización del trabajo le ha caducado la autorización de residencia). Y además durante el tiempo de percepción de la prestación podría volver a buscar otra ocupación laboral sin contar con la correspondiente autorización para trabajar, a cuyo final, de aceptarse la tesis que defiende el recurrente, se generaría un nuevo derecho a desempleo, con la consiguiente nueva imposibilidad de llevar a cabo la expulsión.

OCTAVO.- Finalmente, y aunque hubiera sido de aplicación al caso el último párrafo del nº 2 del art. 42 del

RD.

84/1996 en la redacción dada por el RD 1.041/2.005 de 5 de septiembre : "Los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido

en la Ley"(regla que por cierto presenta graves dificultades de coordinación con las anteriores que contiene el mismo artículo), tampoco surgiría el derecho a la prestación de desempleo.

El art. 42.2 alude solo a "determinadas prestaciones", aunque sin concretarlas, lo que no permite otorgarle un

alcance omnicomprendivo de todas las prestaciones de Seguridad Social que sería, como antes apuntamos, lo que resultaría si entendiéramos incluido el desempleo contributivo en esas "determinadas prestaciones". Y

JURISPRUDENCIA

7

aún entonces, persistiría el obstáculo que nace de la propia previsión del precepto, que condiciona el acceso a

esas determinadas prestaciones a que éstas se hubieran podido obtener "de acuerdo con lo establecido en la

Ley". Porque la Ley General de la Seguridad Social que regula la prestación de desempleo, ha establecido para

su reconocimiento, como acertadamente razona la sentencia recurrida, una serie de requisitos que en ningún

caso pueden cumplir los extranjeros en situación irregular, como vamos a ver.

NOVENO.- El art. 203.1 LGSS solo otorga el derecho al desempleo a quienes "pudiendo y queriendo trabajar"

pierden el empleo; y los extranjeros no residentes aunque quieran, no pueden trabajar legalmente puesto que no

pueden obtener la pertinente autorización administrativa para ello, ya que ésta, de acuerdo con las previsiones

de la LOEx, solo se concede bien a extranjeros ya residentes en España, bien a quienes llegan a ella provistos

del permiso de residencia y trabajo que se otorga en los países de origen a quienes integran el contingente anual.

El art. 209.1 LGSS establece que solo pueden solicitar la prestación de desempleo, "las personas que cumplan

los requisitos establecidos en el art. 207 " y ya hemos vistos que el extranjero irregular, como es el caso del ahora recurrente, no los cumple. Y añade, además, que "la solicitud [de desempleo] requerirá la inscripción como demandante de empleo si la misma no se hubiera efectuado previamente"; y es evidente que el extranjero

irregular tampoco puede formalizar esa inscripción. La Resolución de 11 de julio de 1.996, de la Dirección General Instituto Nacional de Empleo (BOE de 9 agosto) establece que solo podrán inscribirse en las oficinas

de empleo los extranjeros no pertenecientes a países miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico

Europeo que, "en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y trabajo de los extranjeros en España,

tengan reconocido el derecho de acceso al mercado nacional de trabajo, o la posibilidad de acceder al mismo".

Y el actor de este proceso, dada su situación irregular no tenía reconocido ese derecho ni ahora, ni cuando fue contratado.

Exigencia que por cierto reitera la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 22 de noviembre de 2.006 "por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación" (BOE de 6 de diciembre), que, aun inaplicable al caso por

razones temporales, tiene un evidente valor orientador. En su artículo 1º dispone que pueden inscribirse como

demandantes de empleo solo "los extranjeros que en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y

trabajo de los extranjeros en España, tengan reconocido el derecho de acceso al mercado de trabajo". Y en su

artículo 2 , al enumerar los "documentos acreditativos que dan derecho de acceso al mercado de trabajo"

exige siempre la "autorización de residencia", además de estar "en posesión de una autorización administrativa para trabajar o bien, no estando en posesión de ella, y encontrándose legalmente en España, estar en condiciones de acceder a ella".

Por su parte el art. 207.c) LGSS exige como requisito inexcusable, para tener derecho a desempleo: "acreditar

disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción

del compromiso de actividad al que se refiere el art. 231 LGSS ". Pues bien, el actor, dada su situación de irregularidad y mientras ésta persista, no puede suscribir dicho compromiso, que es obligación que le impone

el art. 231.1.h) LGSS, y que comporta, según el número 2 del mismo artículo numerosas obligaciones, entre ellas las requeridas por el art. 207 de búsqueda activa de empleo y de aceptación de colocación adecuada, que el extranjero irregular no puede atender puesto que no puede realizar ninguna actividad laboral.

Debe señalarse, por último, que la ausencia de tales requisitos no puede ser imputable al empresario, salvo que éste forme parte de las "redes organizadas para la **inmigración** ilegal o el tráfico ilícito de mano de obra"

de las que habla el art. 59 LO 4/2000 , puesto que la situación de irregularidad por ausencia de autorización de

residencia, es previa a la contratación y solo responsabilidad del propio extranjero "no residente", que decidió

entrar y permanecer ilegalmente en España; lo que impediría, incluso, el nacimiento de la responsabilidad indemnizatoria a la que hemos aludido en el fundamento quinto "in fine" y que en este caso no se ha solicitado.

DECIMO.- Todo lo expuesto lleva a la conclusión de que la prestación de desempleo, solo la puede obtener el

extranjero residente que ha realizado servicios por cuenta ajena sin contar con la pertinente autorización para

trabajar (fue la situación que contemplaron las sentencias de 21-12-94, rcud. 1466/94; 21-9-95, rcud. 834/95 y 25-9-95, rcud. 3854/94), pero no el que, como el actor, se encuentra en España en situación irregular. La sentencia recurrida resolvió, pues, de acuerdo con la buena doctrina.

Procede por ello la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Don

Inocencio frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 16 de enero de 2.007 (rec.3847/06). Sin condena en costas (art. 233.1 LPL).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

JURISPRUDENCIA

8

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación

de D. Inocencio contra sentencia de 16 de enero de 2007 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior

de Justicia de Madrid , que confirmamos, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de 13 de febrero de 2006 dictada por el Juzgado de lo Social de Madrid nº 14. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda ,con la certificación y comunicación de

esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos

y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Joaquín Samper Juan hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal

Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

JURISPRUDENCIA

1

Roj: **STS 1864/2008** - ECLI: **ES:TS:2008:1864**

Id Cendoj: **28079140012008100172**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/03/2008**

Nº de Recurso: **800/2007**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOAQUIN SAMPER JUAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Marzo de dos mil ocho.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de D. Inocencio contra sentencia de 16 de enero de 2007 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la que se resuelve el recurso de suplicación

interpuesto por el demandante contra la sentencia de 13 de febrero de 2006 dictada por el Juzgado de lo Social de Madrid nº 14 en autos seguidos por D. Inocencio frente a Servicio Regional de Empleo Estatal de la

CAM, el Servicio Público de empleo Estatal, Lápiz y Papel Servicios del Espectaculo, S.L. y Fondo de Garantía

Salarial sobre desempleo.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JOAQUÍN SAMPER JUAN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de febrero de 2006 el Juzgado de lo Social de Madrid nº 14 dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando las excepciones de falta de legitimación pasiva y falta de reclamación previa opuestas por la parte demandada y desestimando la demanda interpuesta por D Inocencio contra el Servicio Regional de Empleo Estatal de la CAM, el Servicio Público de empleo Estatal, Lápiz y Papel Servicios del Espectaculo, S.L. y Fondo de Garantía Salarial, debo absolver y absuelvo a dichas

demandadas de las pretensiones contra ellas deducidas en la demanda".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " PRIMERO.- El actor D. Inocencio , con el número de pasaporte NUM000 , vino prestando servicios para la empresa codemandada Lápiz y Papel Servicios del Espectáculo, SL, desde el 4 de enero de 2003, con la categoría profesional de oficial, percibiendo un salario mensual de 737,10 euros, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- Con fecha 26 de noviembre de 2004 por el Juzgado de lo Social núm. 9 de Madrid, en autos 964/2004

se dictó sentencia estimando en parte la demanda, declarando improcedente el despido del actor efectuado el 7 de septiembre del 2004 y condenando a la empresa hoy codemandada a abonar al actor la cantidad de 1.842,75 euros de indemnización y salarios de tramitación, quedando extinguida la relación laboral con efectos de la Sentencia. Dicha sentencia fue aclarada mediante auto de fecha 28 de diciembre del 2004 , y por otro auto de 4 de enero de 2005. TERCERO.- El actor con fecha 17 de mayo de 2005 presentó ante el Servicio Público de Empleo Estatal, escrito solicitando resolución expresa sobre el derecho de prestaciones por desempleo, alegando tener dicha solicitud el valor de reclamación previa para el caso de no existir acuerdo

o resolución. Asimismo el actor con fecha 20 de enero de 2005 y con fecha 3 de marzo de 2005 presentó sendos escritos ante el Servicio Regional de Empleo solicitando resolución expresa sobre el reconocimiento del derecho de inscripción como demandante de empleo, manifestando que dicha solicitud tiene el valor de reclamación previa para el caso de no existir acuerdo o resolución. No consta resolución expresa por parte de

ninguna de las dos entidades. CUARTO.- El actor carece del correspondiente permiso de trabajo para trabajar

en España. QUINTO.- Para el caso de estimarse la demanda la base reguladora mensual de la prestación por

JURISPRUDENCIA

2

desempleo que correspondería al actor ascendería a la cantidad de 737,10 euros, y la fecha de efectos el día siguiente a la relación laboral, aspectos sobre los que las partes comparecientes muestran su conformidad".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Inocencio ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid la cual dictó sentencia en fecha 16 de enero de 2007 en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva:

"Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso de Suplicación interpuesto por D. Inocencio contra la sentencia de fecha trece de febrero del dos mil seis dictada por el Juzgado de lo Social número CATORCE de Madrid , en virtud de demanda formulada por la parte recurrente contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, SERVICIO REGIONAL DE EMPLEO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID y LÁPIZ Y PAPEL SERVICIOS DEL ESPECTÁCULO, SL, sobre DESEMPLEO, y, en consecuencia, que debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS la expresada resolución".

CUARTO.- Por la representación procesal de D. Inocencio se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, de fecha 21 de noviembre de 2005.

QUINTO.- Por providencia de fecha 3 de julio de 2007 se procedió a admitir a trámite el citado recurso y, tras ser impugnado el recurso, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó informe en el sentido de considerarlo procedente, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día trece de marzo de 2008, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el recurso de casación para la unificación de doctrina que examinamos, consiste en determinar si tiene o no derecho a inscribirse como demandante de empleo y percibir las prestaciones de desempleo de Seguridad Social que correspondan por el tiempo trabajado, un extranjero que sin contar con la autorización para residir que prevé el art. 30 bis de la LO 4/2000 (en adelante, extranjero no residente o en situación irregular) y tampoco con la autorización previa para trabajar, ha prestado servicios para una empresa (en el caso, desde el 4 de enero de 2.003 hasta el 7 de septiembre de 2.004) sin ser dado de alta en Seguridad Social, y cuyo despido fue declarado improcedente por sentencia firme. Siendo esa la situación del ahora recurrente en casación unificadora, la sentencia del Juzgado de lo Social 14 de Madrid negó la existencia de tal derecho. Y la ahora recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 16 de enero de 2.007 (rec.3847/06) confirmó el pronunciamiento de instancia razonando, en síntesis, que en este caso el derecho al desempleo que se reclama, no puede considerarse incluido en las previsiones del art. 36.1 de la Ley Orgánica 4/2000 "sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social" (en adelante LOEx) tras su reforma por la Ley Orgánica 14/2003, ni en el art. 42 del Real Decreto 84/96 , redacción del R.D. 1041/05 , puesto que el actor, dada la situación irregular en que se encuentra al carecer de la autorización administrativa de residencia, no puede cumplir con el requisito que exige el artículo 207 .c) (acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada) ni suscribir el compromiso de actividad que requiere el art. 209.1 en relación con el art. 231.h), ni buscar activamente empleo, obligación que le impone el apartado i) del propio art. 231, todos ellos de la LGSS .

Por el contrario, la sentencia de 21 de noviembre de 2.005 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en Valladolid, elegida como referencial, ante situación prácticamente idéntica (difieren solo la nacionalidad del trabajador -- cubano en este caso y rumano en la de contraste -- y el tiempo en que se prestaron los servicios, desde el 12-1-02 al 16-2-04 en la referencial) reconoció al actor dicho derecho, y condenó a la empresa empleadora al abono de la prestación de desempleo como responsable directa, y al Servicio Público de Empleo Estatal a adelantarla, sin perjuicio de su derecho de reintegro frente a la empresa.

Concurre pues el presupuesto de la contradicción exigido por el art. 217 LPL para poder examinar la

cuestión

de fondo planteada, puesto que las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos pese a la identidad subjetiva y objetiva de los casos que resuelven.

SEGUNDO.- La parte recurrente, en el motivo dedicado al examen de la infracción legal, denuncia la del artículo

36.3 de la LOEx, en la redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre, en relación con los artículos 9.3 y 13.1 de la Constitución y 126.1 y 2, 217 a 211, 220 y 231 LGSS. A su amparo, y reiterando todos

los argumentos que contiene la sentencia referencial, postula que declare su derecho a "la correspondiente prestación de desempleo con una base reguladora mensual de 737,10 euros", y se condene a la empresa empleadora y a la Entidad Gestora codemandadas a estar y pasar por tal declaración. La Comunidad Autónoma

JURISPRUDENCIA

3

de Madrid (Servicio Regional de Empleo) única codemandada que ha comparecido se opone y el Ministerio Fiscal ha emitido el correspondiente informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

Para resolver la cuestión planteada parece oportuno descartar previamente las restantes normas y las sentencias de esta Sala que se citan en el desarrollo del recurso, además de las expresamente denunciadas.

Y así:

I. Ni los Convenios nº 19 y 97 de la O.I.T. ni su Recomendación 151 ofrecen solución al tema.

El Convenio nº 19, "sobre la igualdad de trato en materia de indemnizaciones por accidentes del trabajo" de 5-6-1.925, (ratificado por España el 22-2-1.929 y por Cuba 6-8-1.928) porque regula exclusivamente dicha

materia y no contiene previsión alguna sobre desempleo.

El Convenio nº 97, "relativo a los trabajadores migrantes" de 1-7-1.949 (ratificado por España el 23 de febrero

de 1967) porque reserva el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad social solo a "los emigrantes

que se encuentren legalmente" en el país (art. 6.1), es decir a las personas "normalmente admitidas como trabajadores migrantes" (art. 11.1). Y en el caso, el recurrente no es extranjero "residente" (conforme a los arts.

30 bis 1 de la LOEx y art. 33 del RD 2393/2004 de 30 de diciembre, reglamento de la ley 4/2000, "son residentes

los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir") puesto que, como él mismo reconoce en varias ocasiones a lo largo de su recurso, carece de la oportuna autorización para residir.

Por su parte, la Recomendación 151 ninguna obligación impone al Estado español. Las Recomendaciones de

la OIT, al contrario de lo que ocurre con sus Convenios que son vinculantes para los Estados miembros que los ratifican, contienen simples propuestas sin fuerza de obligar, a tenor de lo dispuesto en el art. 19. 6 d) de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo de 28 de junio de 1.919 (BOE 21-9-1982); aparte

de que su art. 8.3 ha sido indebidamente transcrito en el recurso, donde se atribuye a la Recomendación la expresión "deberán disfrutar de la igualdad de trato" cuando el texto exacto es "deberían disfrutar de la igualdad

de trato", como corresponde a una simple Recomendación.

II. El Real Decreto 84/1996, "Reglamento general sobre Inscripción de Empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social" en la versión vigente en la fecha del hecho causante, no contenía mas previsión en relación con los extranjeros que la de su artículo 42, y éste no arroja

ninguna luz sobre el tema puesto que se limitaba a exigir que "a las solicitudes para su afiliación y alta (...) deberá acompañarse la copia del correspondiente permiso de trabajo", y el actor carece de él. Y la versión dada

por el RD 1.041/2.005 de 5 de septiembre, en la que nos detendremos mas adelante, no permite la conclusión

que pretende el recurrente.

III. En cuanto a las sentencias de esta Sala que se citan en el recurso, ninguna de ellas resuelve asunto similar

al presente. Así: a) La de 9-6-03 (rcud. 4217/02) se pronuncia sobre prestaciones de asistencia sanitaria e incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, y no sobre un desempleo; y lo hace, además, respecto

de un nacional de Ecuador, país que si bien no ha ratificado el Convenio 19 OIT, si mantiene con España el Convenio de Seguridad Social de 1 de abril de 1.960 que impone el principio de igualdad de trato entre ambos

países. b) La de 7-10-03 (rcud.2153/02) resuelve una invalidez permanente absoluta derivada igualmente de accidente de trabajo, y no un desempleo, respecto de un nacional de Colombia, país que si había ratificado en 1.933 el Convenio 19 OIT. Y es en ese contexto donde se hace la siguiente afirmación: "a tenor de las expuestas normas, que evidencian una tendencia progresiva a la protección social de los emigrantes que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales, que culmina en las Leyes Orgánicas 4/ 2000 y 8/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y que responde a las obligaciones que imponen los Tratados y Convenios suscritos por España así como a la declaración de principios rectores de la política social que contiene el artículo 41 de la Constitución, sobre el régimen público de Seguridad Social, se ha de concluir, que el actor se encuentra incluido

en el campo de protección de la Seguridad Social, a los efectos de la contingencia de accidente de trabajo por tratarse de extranjero hispanoamericano, cuya país de origen ratificó el Convenio número 19 de la OIT"; afirmación que, obviamente, no puede ser utilizada fuera del marco en que se pronunció, totalmente ajeno a la

cuestión ahora debatida. c) Y la de 29-9-03 (rcud. 3003/02) declara nulo el despido de un argentino sin permiso

de residencia ni de trabajo aplicando el art. 36.2 en versión LO 4/2000 , pero no hace pronunciamiento alguno

respecto de prestaciones de S.Social.

IV. Cabe señalar, por último, que el Reglamento de extranjería, aprobado por el Real Decreto 864/2001 de 11

de enero , que sería el aplicable al caso por razones temporales, no contenía disposición alguna relativa a la situación que contemplamos. Y que las previsiones del posterior Reglamento aprobado por el RD 2393/2004 de 30 de diciembre, que derogó el anterior, tampoco conducen al éxito del recurso, como luego veremos.

JURISPRUDENCIA

4

TERCERO.- El precepto en que, básicamente, fundamenta el recurrente su derecho al desempleo, es el actual

artículo 36 de la LOEx. Dicho precepto, bajo el rótulo "autorización para la realización de actividades lucrativas"

establece en su número primero que "Los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional precisarán de la correspondiente autorización administrativa para trabajar. Esta

autorización habilitará al extranjero para residir durante el tiempo de su vigencia (se refiere al supuesto de los extranjeros que obtienen la autorización para trabajar desde el país de origen por estar incluidos en el contingente anual (arts.39 y sig. LOEx) y que según dispone el art. 51.12 del Reglamento 2393/2004 solo podrán comenzar su actividad laboral "a partir de la entrada legal en España") extinguiéndose si transcurrido un mes desde la notificación al empresario de la concesión de la misma, no se solicitase en su caso, el correspondiente visado"". Y su número 3 que "Para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo. La carencia de la correspondiente

autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas

en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle".

Es cierto que las sucesivas modificaciones de la LOEx ponen de manifiesto una clara voluntad del legislador de ir ampliando la protección de los derechos laborales de los extranjeros, de los que se veían privados hasta entonces si no contaban con el correspondiente permiso de trabajo, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala que aparece recogida en las sentencias de 22-2-83, 30-10-85, 8-3-86 y 1-7-87 , entre otras. Dichas sentencias, con apoyo en el RD 1031/1980 de 3 mayo , y en el art. 7 del Decreto de 27 julio 1968 que

condicionaban la validez del contrato de trabajo suscrito por un extranjero para trabajar por cuenta ajena en España a la obtención del visado y a la expedición del permiso de trabajo, declararon que la ausencia de este

último acarreaba la nulidad radical del contrato de trabajo.

Fue a partir de la reforma de la LOEx por la LO 8/2000, cuando el art. 36 estableció que la contratación de un extranjero sin contar con la necesaria "autorización administrativa para trabajar" (lo que antes se denominaba permiso de trabajo) "no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero". Y la LO 14/2003 supuso un nuevo avance al añadir al art. 36.3 un último inciso conforme al cual,

la

ausencia de la autorización para trabajar no "será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle".

Pero dicha normativa no permite concluir que el actor de este proceso tenga derecho a la prestación de desempleo que reclama.

CUARTO.- La LOEx asume, como señala expresamente en su exposición de motivos, la conclusión 18 del Consejo Europeo de Tampere que dice así: "la Unión Europea debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de sus Estados miembros. Una política de integración más decidida debería encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión". Y, en esa línea, a la hora de reconocer determinados derechos, distingue claramente a lo largo de todo su articulado entre el extranjero residente y aquel que se encuentra en situación

irregular y regula los derechos de unos y otros de manera distinta. Concretamente en relación con la materia que nos ocupa, su art. 14 , bajo la rúbrica "derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales" establece lo siguiente:

"1. Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social

en las mismas condiciones que los españoles. (Previsión por tanto en perfecta sintonía con el art. 7 LGSS , que dispone que: "estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualesquiera que sea su sexto, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España).

2. Los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales

y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles.

3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas."

Pues bien, si partimos de que según el art. 30 . bis LO, "son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir", parece evidente que los extranjeros en situación irregular que están necesariamente, "a sensu contrario", incluidos en el párrafo tercero, carecen del derecho a

las prestaciones de la Seguridad Social que el párrafo primero solo reconoce a los extranjeros residentes. De otro lado, no cabe olvidar que trabajar sin la oportuna autorización administrativa previa constituye para el

extranjero en situación irregular, una falta grave. Así califica el art. 53.b) de la propia LO 4/2000 el hecho de "encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa

JURISPRUDENCIA

5

previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida"; y que por dicha falta puede ser

sancionado incluso con su expulsión del territorio español (art. 57.1 de la misma LO).

QUINTO.- Atendiendo a lo expuesto, la interpretación del art. 36.3 en su inciso final "ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle" debe conducir a conclusiones distintas, en función

de cual sea la situación del trabajador extranjero.

Si éste cuenta con autorización de residencia, la falta de la autorización para trabajar, dado que ya no invalida

el contrato, no puede ser obstáculo para la obtención de las prestaciones de Seguridad Social, a las que el extranjero residente tiene derecho, ex. art. 14.1 de la propia LOEx, en pie de igualdad con los trabajadores españoles.

Si, por el contrario, el extranjero tampoco cuenta con la autorización de residencia, el hecho de trabajar sin la

autorización de trabajo, pese a ser una falta grave, no será obstáculo para que pueda obtener "las prestaciones

que pudieran corresponderle". Pero tales prestaciones, de acuerdo con el art. 14.3 LOEx antes transcrito, ya no serían las que reconoce en sus números 1 y 2 solo a los extranjeros "residentes", sino los "servicios y prestaciones sociales básicas"; entendiendo por tales, tanto los servicios sociales a los que alude el art. 53 LGSS , como aquellas prestaciones sociales que las leyes declaren o consideren básicas a estos efectos, entre las que cabe citar la prestación de asistencia sanitaria de urgencia que el art. 12 de la propia LOEx reconoce a todos los extranjeros sin distinción, y también las prestaciones que nuestra sentencia de 26-5-2004

(rec. 351/2003) calificó de "asistencia social externa a la S. Social que no está comprendida en la reserva competencial del Estado (artículo 149.1.17 de la Constitución), sino en el artículo 148 de la norma suprema, como competencia, que puede ser exclusiva, de las Comunidades Autónomas (STC 239/2002)".

Abona tal interpretación el argumento de que, desde la perspectiva finalista de la LOEx, no es lógico que el extranjero en situación irregular, es decir no residente, pueda acceder por el hecho de cometer una falta grave

que autoriza a su expulsión, a cualesquiera prestaciones de S.Social, a las que inicialmente y de acuerdo con el

art. 14 de la misma LOEx, nunca tendría derecho. Ni tampoco es lógico, reconocer a los extranjeros en situación

irregular, los mismos derechos que a los extranjeros residentes (que en la materia que nos ocupa tienen los mismos que los españoles) cuando es notorio que la legislación española de extranjería ha estado orientada siempre a estimular la emigración legal.

Baste recordar, a este respecto, que La LO 7/1985 de 1 de julio, sobre "Derechos y libertades de los extranjeros

en España", ya lo señalaba en su exposición de motivos: "Es necesario diferenciar, con absoluta claridad, las

situaciones de legalidad de las de ilegalidad. Por ello, la Ley asegura la plenitud de los derechos y las garantías

para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España. Y al propio tiempo, y en prevención de las alteraciones que pudieran en su caso producirse, respecto de la convivencia social, por la presencia de extranjeros en términos no legales en España, desarrolla las medidas específicas para impedir tales situaciones". Que la LO 4/2000 en el punto IV de su exposición de motivos subraya también que su objetivo es "incentivar a los extranjeros a entrar y residir en nuestro país dentro del marco de la regularidad, frente a la entrada y estancia irregular". Y que la exposición de motivos de la LO 14/2003 vuelve a repetir que

la mejora de la gestión que establece tiene "el fin de favorecer la **inmigración** legal y la integración de los extranjeros que, de esta manera, accedan y residan en nuestro territorio".

Conviene no obstante advertir que los razonamientos expuestos y los que se van a exponer en los fundamentos

siguientes se refieren, como es lógico, a la prestación de desempleo de la Seguridad Social, que es la que aquí

se reclama. Y que deben entenderse sin perjuicio de la posible responsabilidad indemnizatoria por daños y perjuicios que pudiera exigirse al empresario que da ocupación al extranjero no residente o irregular, en caso

de aparición de determinadas contingencias comunes, siempre y cuando la ausencia de los requisitos que impiden acceder a las correspondientes prestaciones de Seguridad Social sea imputable a la actuación del empleador; responsabilidad que en tales casos tendría, repetimos, un carácter meramente indemnizatorio y sería por tanto, directa del empresario, a su exclusivo cargo y sin obligación alguna para las entidades gestoras

o colaboradoras. Y ello, porque del propio hecho de la contratación irregular, nace para éste la obligación de asumir (art. 36.3 LOEx) las "responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social"; responsabilidades que no pueden ceñirse exclusivamente a las relativas a la cotización que ya son exigibles por la vía del art. 48 de la Ley 62/2003 , porque en tal caso resultaría que se estaría limitando indebidamente el objetivo del art. 36.3 LOEx y de toda la legislación de extranjería, que es desincentivar la contratación de extranjeros en situación irregular, y se llegaría al resultado contrario y paradójico de exigir menor responsabilidad al empresario que incurre en la mas grave infracción.

SEXTO.- No obstante lo dicho hasta ahora, la circunstancia de que el art. 36.3 LOEx aluda, genéricamente, a

"las prestaciones que pudieran corresponderle", sin limitarlas a las que enumera el art. 14.3 de la LOEx, ha llevado a este Tribunal a entender que el citado párrafo remite al conjunto de la normativa legal aplicable,

JURISPRUDENCIA

6

entre la que se encuentra los Convenios internacionales suscritos por España (art. 96.1 de la Constitución). Y en función de ello ha reconocido a los extranjeros no residentes que prestan servicios sin contar además con la oportuna autorización para trabajar por cuenta ajena, el derecho a las prestaciones de Seguridad Social

derivadas exclusivamente de contingencias profesionales, y a condición de que los afectados sean oriundos, bien de países que, como España, hayan suscrito el Convenio 19 de la OIT, bien de países con los que España

tiene suscritos Convenios de Seguridad Social que establezcan un régimen de reciprocidad en la materia. Y lo

ha hecho así por considerar suficiente esa cobertura legislativa para conceder "una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1.900" (s. de 9-6-03 (rcud. 4271/02) antes citada), hasta el punto de que la protección de la integridad física, que queda afectada en todo accidente de trabajo, constituye un derecho expresamente reconocido en el Estatuto de los Trabajadores (art. 4.2 .d).

Solución que fue asumida finalmente por el RD. 84/1996, "Reglamento general sobre Inscripción de Empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social" en la redacción dada por el RD 1.041/2.005 de 5 de septiembre, cuando ya estaba vigente la versión que del art. 36.3 LOEx que introdujo la LO 14/2003 y que, por ello, debe entenderse que desarrolla sus previsiones. Y su art. 42.2 reconoce a "los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925 , que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida".

SEPTIMO.- No es posible, sin embargo, aplicar tal previsión al caso, puesto que lo que ahora se cuestiona no es una prestación derivada de contingencias profesionales, sino el reconocimiento del derecho a la prestación de desempleo a los emigrantes irregulares o no residentes.

Y no es posible porque, de un lado, al contrario de lo que ocurre con las contingencias profesionales, no existen Convenios Internacionales integrados en nuestra normativa interna, que así lo autoricen. Y de otro, porque la LOEx tampoco prevé ese derecho, según lo antes razonado. Es mas, la adopción de la decisión contraria, sería tanto como desconocer la finalidad que pretende la LOEx que es incentivar la entrada y la estancia regular de los extranjeros en España. El reconocimiento de todas las prestaciones de S.Social a los irregulares, que es a la postre a lo que conduce la concesión del desempleo, supondría la plena equiparación entre los extranjeros residentes y la emigración irregular o **clandestina**; con la lógica desincentivación que supone para el extranjero que tiene que acudir a los complejos trámites necesarios para conseguir una autorización de residencia, o una autorización de residencia y trabajo, el saber que puede disfrutar de los mismos derechos mediante la entrada **clandestina** en el país.

Ello implicaría, además, la creación judicial de una especie de regularización, encubierta y en espiral, del emigrante irregular quien, pese a que en ningún caso podría obtener la autorización de residencia (art. 50.g) del RD 2393/2004), no podría sin embargo ser expulsado del país mientras estuviera percibiendo la prestación de desempleo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 57.5 . d) de la LOEx (en buena lógica hay que entender que este supuesto de suspensión de la expulsión, no está previsto para este caso, sino para los de irregularidad sobrevenida, distinto del que examinamos; es decir el del extranjero residente que está percibiendo una prestación de desempleo consecutiva al desempeño de un trabajo por cuenta ajena amparado en un contrato de trabajo regularizado, y al que con posterioridad a la finalización del trabajo le ha caducado la autorización de residencia). Y además durante el tiempo de percepción de la prestación podría volver a buscar otra ocupación laboral sin contar con la correspondiente autorización para trabajar, a cuyo final, de aceptarse la tesis que defiende el recurrente, se generaría un nuevo derecho a desempleo, con la consiguiente nueva imposibilidad de llevar a cabo la expulsión.

OCTAVO.- Finalmente, y aunque hubiera sido de aplicación al caso el último párrafo del nº 2 del art. 42 del

RD.

84/1996 en la redacción dada por el RD 1.041/2.005 de 5 de septiembre : "Los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido

en la Ley"(regla que por cierto presenta graves dificultades de coordinación con las anteriores que contiene el mismo artículo), tampoco surgiría el derecho a la prestación de desempleo.

El art. 42.2 alude solo a "determinadas prestaciones", aunque sin concretarlas, lo que no permite otorgarle un

alcance omnicomprendivo de todas las prestaciones de Seguridad Social que sería, como antes apuntamos, lo que resultaría si entendiéramos incluido el desempleo contributivo en esas "determinadas prestaciones". Y

JURISPRUDENCIA

7

aún entonces, persistiría el obstáculo que nace de la propia previsión del precepto, que condiciona el acceso a

esas determinadas prestaciones a que éstas se hubieran podido obtener "de acuerdo con lo establecido en la

Ley". Porque la Ley General de la Seguridad Social que regula la prestación de desempleo, ha establecido para

su reconocimiento, como acertadamente razona la sentencia recurrida, una serie de requisitos que en ningún

caso pueden cumplir los extranjeros en situación irregular, como vamos a ver.

NOVENO.- El art. 203.1 LGSS solo otorga el derecho al desempleo a quienes "pudiendo y queriendo trabajar"

pierden el empleo; y los extranjeros no residentes aunque quieran, no pueden trabajar legalmente puesto que no

pueden obtener la pertinente autorización administrativa para ello, ya que ésta, de acuerdo con las previsiones

de la LOEx, solo se concede bien a extranjeros ya residentes en España, bien a quienes llegan a ella provistos

del permiso de residencia y trabajo que se otorga en los países de origen a quienes integran el contingente anual.

El art. 209.1 LGSS establece que solo pueden solicitar la prestación de desempleo, "las personas que cumplan

los requisitos establecidos en el art. 207 " y ya hemos vistos que el extranjero irregular, como es el caso del ahora recurrente, no los cumple. Y añade, además, que "la solicitud [de desempleo] requerirá la inscripción como demandante de empleo si la misma no se hubiera efectuado previamente"; y es evidente que el extranjero

irregular tampoco puede formalizar esa inscripción. La Resolución de 11 de julio de 1.996, de la Dirección General Instituto Nacional de Empleo (BOE de 9 agosto) establece que solo podrán inscribirse en las oficinas

de empleo los extranjeros no pertenecientes a países miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico

Europeo que, "en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y trabajo de los extranjeros en España,

tengan reconocido el derecho de acceso al mercado nacional de trabajo, o la posibilidad de acceder al mismo".

Y el actor de este proceso, dada su situación irregular no tenía reconocido ese derecho ni ahora, ni cuando fue contratado.

Exigencia que por cierto reitera la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 22 de noviembre de 2.006 "por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación" (BOE de 6 de diciembre), que, aun inaplicable al caso por

razones temporales, tiene un evidente valor orientador. En su artículo 1º dispone que pueden inscribirse como

demandantes de empleo solo "los extranjeros que en aplicación de la vigente normativa sobre permanencia y

trabajo de los extranjeros en España, tengan reconocido el derecho de acceso al mercado de trabajo". Y en su

artículo 2 , al enumerar los "documentos acreditativos que dan derecho de acceso al mercado de trabajo"

exige siempre la "autorización de residencia", además de estar "en posesión de una autorización administrativa para trabajar o bien, no estando en posesión de ella, y encontrándose legalmente en España, estar en condiciones de acceder a ella".

Por su parte el art. 207.c) LGSS exige como requisito inexcusable, para tener derecho a desempleo: "acreditar

disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción

del compromiso de actividad al que se refiere el art. 231 LGSS ". Pues bien, el actor, dada su situación de irregularidad y mientras ésta persista, no puede suscribir dicho compromiso, que es obligación que le impone

el art. 231.1.h) LGSS, y que comporta, según el número 2 del mismo artículo numerosas obligaciones, entre ellas las requeridas por el art. 207 de búsqueda activa de empleo y de aceptación de colocación adecuada, que el extranjero irregular no puede atender puesto que no puede realizar ninguna actividad laboral.

Debe señalarse, por último, que la ausencia de tales requisitos no puede ser imputable al empresario, salvo que éste forme parte de las "redes organizadas para la **inmigración** ilegal o el tráfico ilícito de mano de obra"

de las que habla el art. 59 LO 4/2000 , puesto que la situación de irregularidad por ausencia de autorización de

residencia, es previa a la contratación y solo responsabilidad del propio extranjero "no residente", que decidió

entrar y permanecer ilegalmente en España; lo que impediría, incluso, el nacimiento de la responsabilidad indemnizatoria a la que hemos aludido en el fundamento quinto "in fine" y que en este caso no se ha solicitado.

DECIMO.- Todo lo expuesto lleva a la conclusión de que la prestación de desempleo, solo la puede obtener el

extranjero residente que ha realizado servicios por cuenta ajena sin contar con la pertinente autorización para

trabajar (fue la situación que contemplaron las sentencias de 21-12-94, rcud. 1466/94; 21-9-95, rcud. 834/95 y 25-9-95, rcud. 3854/94), pero no el que, como el actor, se encuentra en España en situación irregular. La sentencia recurrida resolvió, pues, de acuerdo con la buena doctrina.

Procede por ello la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Don

Inocencio frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 16 de enero de 2.007 (rec.3847/06). Sin condena en costas (art. 233.1 LPL).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

JURISPRUDENCIA

8

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación

de D. Inocencio contra sentencia de 16 de enero de 2007 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior

de Justicia de Madrid , que confirmamos, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de 13 de febrero de 2006 dictada por el Juzgado de lo Social de Madrid nº 14. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional que corresponda ,con la certificación y comunicación de

esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos

y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Joaquín Samper Juan hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal

Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

JURISPRUDENCIA

1

Roj: **STS 5079/2012 - ECLI: ES:TS:2012:5079**

Id Cendoj: **28079120012012100594**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/07/2012**

Nº de Recurso: **2124/2011**

Nº de Resolución: **655/2012**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Julio de dos mil doce.

En el recurso de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos pende, interpuesto

por la representación de **Esteban**, **contra** la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección II, por **delito contra** los **derechos** de los **trabajadores**, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal

Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de

los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, siendo también parte el Ministerio Fiscal

y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Ruiz Bullido.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Navalmoral de la Mata, incoó Diligencias Previas nº 959/08, seguido por **delito contra** los **derechos** de los **trabajadores**, **contra Esteban**, **Leon**, **Delia (Natali)** y **Teodoro**

, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección II, que con fecha 14 de Marzo de

2011 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Durante el año 2006 el acusado Esteban dirigía como dueño y jefe el club llamado "El Gallo" sito en la carretera

N-V, Kilómetro 179, término municipal de Millanes (Cáceres) ejerciéndose en el mismo el alterne y la prostitución,

siendo los empleados del establecimiento Leon, su mujer Delia y Teodoro. - En el mes de junio del año 2006

la testigo protegido número NUM000, que residía en Brasil y era de esa nacionalidad, aceptó en su país el ofrecimiento de una persona que se hacía llamar Chiquito a fin de ejercer la prostitución en España, ya que Chiquito tenía un acuerdo con Esteban para traer mujeres a nuestra patria a fin de que se dedicaran a ejercer

la prostitución, por lo que Esteban envió un adelanto económico para que Chiquito desde Brasil facilitara a la testigo protegido pasaporte y bolsa de viaje. En junio del año 2006 la testigo llegó al aeropuerto de barajas

desde Sao Paulo con escala en Lisboa, donde fue a recogerla Leon, trasladándola hasta el club, en donde Esteban la informó de que había contraído una deuda de cuatro mil setecientos cincuenta euros, por lo que hasta

que no pagase la misma no cobraría nada por el ejercicio de la prostitución, que era la intención de la testigo cuándo decidió venir a España. La testigo protegido comenzó a ejercer la prostitución en el club el Gallo y al mes

escaso se fue a vivir con un camarero del mismo llamado Teodosio a un piso en Navalmoral de la Mata, si bien

continuaba yendo al club a trabajar, sabiendo el acusado Esteban que la testigo no tenía los papeles en regla para

residir en nuestro país.- El día veintiuno de marzo del año 2008 la Brigada Provincial de Extranjería de Cáceres

llevó a cabo una inspección en el club El Gallo y detuvo a doce mujeres que allí ejercían la prostitución, siendo

diez de ellas de nacionalidad brasileña y encontrándose cinco en situación irregular en España, algo que conocía

el acusado Esteban. - El día cuatro de junio del año 2008 vuelve la Brigada de Extranjería a dicho club y

detiene a
seis mujeres brasileñas que se dedicaban al ejercicio de la prostitución.- La testigo protegido llegó a España con
la intención y deseo de ejercer la prostitución en el club El Gallo, y por ello se concertó con Esteban a tal fin, para
lo cual las mujeres pasaban por la recepción del club con el cliente, que aparte del precio convenido con la mujer
para la relación sexual, pagaba cinco euros al club por el llamado paquete higiénico, único dinero que recibía el
local por cada cliente que hubiera concertado con cualquiera de las chicas que allí estaban la prestación sexual.-

JURISPRUDENCIA

2

En el mes de junio del año 2008, Esteban habló con una persona no identificada de Orense y previo pago de quinientos euros se hizo con los servicios de Evelio , mostrando ésta su consentimiento con el acuerdo y su disposición a ejercer la prostitución en el club El Gallo, en el que estuvo unos días, si bien enseguida manifestó
a Esteban su deseo de volver a Orense, a lo que este le contesto que esperara un poco, sin que la amenazara
en ningún momento ni la obligara a permanecer en local.- El día veintiocho de julio del año 2008 la titular del Juzgado de Primera instancia e Instrucción numero dos de Navalmoral de la Mata autorizó la entrada y registro
en el club El Gallo, durante la cual se detuvo a Evelio y se intervinieron cinco mil ochocientos sesenta y nueve
euros, sin que se haya acreditado que provinieran del ejercicio de la prostitución por las mujeres que estaban en
el local, algo que ellas practicaban libremente en las condiciones antes expuestas.- Ha quedado improbadado que
los acusados Leon , Delia y Teodoro tuvieran nada que ver con la venida a España de la testigo protegido, limitándose Leon a ir a buscarla al aeropuerto de Barajas por indicación de su jefe y empleador Esteban .- No
se ha constatado que la acusada Delia tuviera contactos en Brasil y que a través de ellos hiciera llegar mujeres
a España para ejercer la prostitución en el club El gallo y que para ello las hiciera entrar ilegalmente en España,
sin que tampoco haya quedado corroborado que Esteban le entregara a Delia quinientos euros por cada mujer brasileña que llegara al club por su mediación y contactos en Brasil para ejercer la prostitución.- No se ha
demostrado que Delia y Teodoro tuvieran nada que ver con la llegada a España de la testigo protegido, algo que
fue gestado y llevado a cabo únicamente por el acusado Esteban en relación con el tal Chiquito de Brasil.- No
se ha acreditado que Leon y Teodoro se hayan dedicado a otra cosa que a seguir las indicaciones de Esteban ,
siendo Leon el encargado del club en su ausencia, y Teodoro alguien que mantenía el local y sus instalaciones ,
sin perjuicio de estar en la recepción cuando Esteban o Leon no podían hacerlo por alguna causa, rellenando
en cada caso el cuadrante acreditativo de qué mujer subía a la habitación, a que hora y si dejaba o no el dinero en
recepción, en cuyo caso le daban una media boleta para luego recuperar el dinero allí depositado, sin que el local
percibiera nada por la relación sexual concertada por la chica con el cliente, salvo los cinco euros del paquete
higiénico.- No se ha probado que el acusado Esteban obligara a la testigo protegido a ejercer la prostitución ni
a mantenerse en ella, ni mucho menos se ha constatado que se lucrara de dicha actividad, por lo que no se ha
demostrado que la cantidad de dinero encontrada en la entrada y registro proviniera de las relaciones sexuales
de las mujeres allí empleadas con los clientes que al club acudían.- En el club El gallo llegó a haber alguna vez

más de treinta mujeres, sin que se haya constatado que alguna de ellas hubiera llegado al local por mediación de Delia ; tampoco se ha probado que las mujeres que en el club estaban fueran deudoras de Esteban y que ejercieran la prostitución para pagar la misma, ya que todas ellas habían acordado con el acusado Esteban que éste las cobraría al día treinta euros por comida y alojamiento.- Los acusados son mayores de edad y carecen de antecedentes penales". (sic)

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Debemos condenar y condenamos al acusado Esteban como autor responsable de un **delito contra los derechos** de los ciudadanos **extranjeros** ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cuatro años de prisión y a la accesorio de inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, abonándosele el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa e imponiéndole una octava parte de las costas procesales causadas.- Debemos absolver y absolvemos libremente y con todos los pronunciamientos favorables a los acusados Leon , Delia y Teodoro , del **delito contra los derechos** de los ciudadanos **extranjeros** del que les acusa el Ministerio Fiscal, levantándose las medidas cautelares acordadas respecto a los mismos.- Debemos de absolver y absolvemos libremente y con todos los pronunciamientos favorables al acusado Esteban del **delito** de determinación a la prostitución del que venía acusado por el Ministerio Fiscal, lo que conlleva el levantamiento de las medidas cautelares acordadas respecto al acusado absuelto.- Reintégrense al acusado Esteban el dinero y los efectos encontrados con motivo del registro llevado cabo en su local, debiendo de quedar afecta la cantidad de cinco mil ochocientos sesenta y nueve euros con treinta y cinco céntimos (5.869,35) a lo que resulte de la pieza de responsabilidad civil del mismo.- Notifíquese esta sentencia a las partes conforme a lo prevenido en el **artículo 248.4 de la L.O.P.J .".** (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Esteban , que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECriminal .

SEGUNDO y CUARTO: Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECriminal .

JURISPRUDENCIA

3

TERCERO: Por incongruencia omisiva del art. 851.3 LECriminal .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, lo impugnó; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 12 de Julio de 2012.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 14 de Marzo de 2011 de la Sección II de la Audiencia Provincial de Cáceres , condenó

a Esteban como autor de un **delito contra los derechos** de los ciudadanos **extranjeros** a la pena de cuatro años de prisión, con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo, absolviéndole del resto de **delitos** de los que fue acusado.

Los hechos, en síntesis , se refieren a que el condenado, Esteban , era dueño del Club "El Gallo" sito en el km.

179 de la N-V que era un bar de alterne. El condenado, a través de sus contactos, consiguió que una joven brasileña, viniera a España para ejercer la prostitución en su local, con pleno consentimiento y aceptación de tal actividad. Para ello le envió un adelanto económico que su contacto en Brasil le entregó a la chica, y

cuando le llegó a Barajas, en vuelo desde Sao Paulo - Lisboa-Madrid, fue a recogerla Leon , por cuenta del recurrente, comenzando a ejercer la prostitución en su local. Al llegar le advirtió que tenía contraída una deuda de 4.750 euros.

Se ha formalizado recurso por el condenado, el que lo desarrolla a través de **cuatro motivos** a cuyo estudio pasamos seguidamente.

Segundo.- El **primer motivo** , por la vía de la vulneración de **derechos** constitucionales, denuncia quiebra del

derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva y presunción de inocencia, todo ello en relación a la nulidad

de la intervención telefónica autorizada en la instrucción, así como de los registros domiciliarios practicados. En la argumentación de este motivo, extensa pues abarca 33 páginas del recurso, se refiere casi de modo exclusivo a la vulneración de los arts. 57 y 59 de la L.O. 4/2000 --BOE 12 de Enero 2000 --, reguladora de los

Derechos de los **Extranjeros** en España y su integración social.

El **art. 57** de dicha Ley , en su párrafo 4º, relativo a la expulsión del territorio de los infractores **extranjeros** se

nos dice que la expulsión conllevará la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, y el **art. 59** en relación con la colaboración **contra** redes organizadas (tráfico de personas) establece

que cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un **extranjero, contra** el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere

imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa competente para que valore la inejecución de su expulsión y, en el supuesto de que se hubiese ejecutado esta última, se procederá de igual forma a los efectos de que autorice su regreso a España durante el

tiempo necesario para poder practicar las diligencias previas, sin perjuicio de que se puedan adoptar algunas

de las medidas previstas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de Diciembre, de Protección a Testigos y Peritos

en Causas Criminales.

*Con apoyo en estos **artículos** se cuestiona la validez de las intervenciones telefónicas* porque a la testigo protegida que motivó la apertura de la diligencia se le recibió declaración en el Centro de Internamiento de **Extranjeros** de Cáceres, declarando en los términos que obran en los folios 16 y siguientes del Tomo I, que fue

la propia policía la que le concedió el estatuto de testigo protegido , que nada comunicó al Ministerio Fiscal que

fue puenteado. Por esta razón, el Ministerio Fiscal no pudo pronunciarse sobre la posibilidad de no ejecutar la medida de expulsión ex art. 59 citada, que fue la propia policía la que suspendió la expulsión y que todo ello supuso una *ocultación* de datos tanto al Ministerio Fiscal como al Juez de Instrucción, y en definitiva, ello derivó en opinión del recurrente en la nulidad de las intervenciones telefónicas que se autorizaron en la instrucción, ya que su único sustento se encuentra en las declaraciones de la propia testigo protegida, que declaró bajo presión y privada de libertad, siendo puesta en libertad después, todo, en la tesis del recurrente incidió en la credibilidad que merecía su testimonio, que, como se ha dicho fue relevante para la autorización de la intervención telefónica.

Resulta cuando menos significativo el celo del recurrente en la protección de los **derechos** del Ministerio Fiscal

cuando éste nada alega al respecto, antes bien, estimó en su informe que las intervenciones telefónicas fueron correctas.

Un estudio directo de las actuaciones pone de manifiesto que las diligencias se iniciaron en virtud de una diligencia de exposición de 24 de Mayo de 2008 sobre el *modus operandi* de las redes clandestinas destinadas

a la introducción irregular de ciudadanos **extranjeros** --folios 1 a 6--. En esta situación se hace referencia a la

JURISPRUDENCIA

4

declaración de una mujer que denunció a la policía la posible existencia de una organización criminal dedicada

al tráfico de mujeres desde Brasil a España, dicha mujer trabajaba en el Club "El Gallo" del que dio detalles concretos, así como del viaje suyo desde Brasil a España, facilitando unos números telefónicos de la

persona

que contactó en Brasil con ella para venir a España, y de las condiciones en que hizo el viaje, que fueron a recogerla y a llevarla a dicho Club, del trabajo de prostitución que tenía que realizar y demás datos que obran en

dicha diligencia a la que se acompaña la propia declaración de la mujer, así como los datos de otras personas

implicadas en la red. A destacar que en dicha declaración la testigo protegida declara que estuvo trabajando dos meses y medio sin cobrar nada, que la deuda que tenía contraída por venir era de 4750 euros, que solo podía salir acompañada de Esteban, que éste tiene un carácter violento y que tiene miedo, que al principio le retiraron el pasaporte y pasada una semana se lo dio Esteban porque le dijo ella que no iba a escapar y que le pagaría el dinero.

Con estos datos por *oficio policial de 18 de Junio de 2008 --folios 20 y siguientes--*, se solicita la intervención de

dos números telefónicos, así como datos económicos de la Agencia Tributaria respecto de las cuatro personas

allí citadas.

Por auto judicial de 18 de Junio de 2008 --folio 32-- se incoan Diligencias Previas, y por nueva resolución de igual fecha se autoriza la intervención telefónica --folios 34 a 38-- acordando el secreto de las comunicaciones.

En este control verificamos que de la declaración de la testigo protegida se deriva la *existencia a nivel indiciario*

como corresponde al inicio de una investigación criminal de una red clandestina de trata de personas, se concretan los integrantes de la red, el lugar donde se llevaba a cabo la prostitución, y en general una serie de datos que constituyen las "*buenas razones*" en la terminología del TEDH para justificar la petición de la intervención telefónica. El **delito** es grave, y se facilitaron datos que *implicaban* a los investigados en tal **delito**.

Es claro que *no se está ante unas intervenciones prospectivas*.

Por lo que se refiere a la *credibilidad* que pudiera merecer la declaración de la testigo protegida, es claro que en

el momento del inicio de la encuesta judicial no había dudas que pudieran cuestionar dicha credibilidad.

Datos

objetivos fueron la permanencia de ella en el Club, su entrada irregular y su actividad a la prostitución que en su

declaración contiene datos sugerentes que inducían a una situación de explotación. Ciertamente que este último dato

lo ha rechazado el Tribunal, de ahí la absolución del recurrente por el **delito** de determinación a la prostitución,

pero hay que tener en cuenta que no se puede proyectar sobre el pasado dudas sobre la credibilidad de la pretendida declaración de la testigo por cambios o rectificaciones de ella efectuadas en el Plenario, con el fin

de cuestionar la validez de las intervenciones telefónicas dada con fundamento en aquella inicial declaración.

En el *oficio policial* se comunicaron datos objetivos, y en base a ellos se dio la autorización, por lo que la corrección de la inicial intervención es patente y respetuosa con el canon de exigencia constitucional.

Lo mismo debe predicarse de los siguientes *oficios policiales* que al tiempo que daban cuenta del avance de la investigación, aportando las transcripciones de las conversaciones intervenidas, solicitaban nuevas intervenciones o prórrogas que fueron concedidas en autos motivadamente. En tal sentido, *oficios policiales* de los folios 48, 68, 86, 91 y 104 y *autos judiciales* de los folios 54 y 89, 105 y 117.

Por lo que se refiere al *mandamiento de entrada y registro*, la solicitud policial se encuentra en el folio 121 y viene apoyada por el resultado de las informaciones obtenidas en las intervenciones telefónicas concediéndose por auto de 28 de Julio de 2008 -- folio 130--, auto motivado que responde al canon de motivación exigible.

Hay que tener en cuenta, que ya con fecha 2 de Julio de 2008 y por tanto antes del mandato se había recibido

declaración en *sede judicial* a la testigo protegida --folios 81 y siguientes--, y constaba en los autos el justificante

del billete del vuelo Sao Paulo-Lisboa-Madrid.

Como conclusión del control casacional efectuado hay que concluir que tanto las intervenciones telefónicas como el registro llevado a cabo se efectuaron de acuerdo con las exigencias de naturaleza constitucional previstas en la Ley.

No hubo quiebra del **derecho** a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia en relación a las intervenciones telefónicas.

Procede la desestimación del motivo.

Tercero.- El *segundo motivo* , por igual cauce que el anterior denuncia quiebra del **derecho** a la motivación a la presunción de inocencia y a la interdicción de la arbitrariedad. Toda esta panoplia defensiva le pone al servicio de la *falta de credibilidad del testimonio de la testigo protegida* que ha sido valorada por el Tribunal y estimada suficiente para la condena dictada.

JURISPRUDENCIA

5

En el f.jdco. tercero de la sentencia se expresa que el acusado era el dueño del club en el que se ejercía el alterne y la prostitución. Que para conseguir mujeres se reunía con personas que le podían facilitar contactos y viajaba a cualquier lugar. Cuando viajaba hablaba frecuentemente con sus empleados o delegados para conocer cómo iban las cosas en el club. Las conversaciones telefónicas grabadas con la autorización judicial pusieron de manifiesto esas actividades del acusado de *captación* de mujeres, llegando sus ofertas a decir a las mismas que podían quedarse en el local por un tiempo sin pagar nada. En las mismas conversaciones se indicaba que el negocio estaba muy mal y que necesitaba a toda costa traer mujeres a su local y evitar que las que tenía se marchasen.

A todo ello se unió el *testimonio* de la testigo protegida, que llegó al club del acusado desde Brasil, algo probado por la exhibición del billete de avión unido al folio 79 de autos. El billete certificaba el itinerario San Paulo, Lisboa, Madrid. El testimonio de la testigo protegida puso de relieve que fue migrada a España por el acusado, y que en el aeropuerto le esperaba un empleado de éste para trasladarla en coche al club El Gallo donde comenzó a ejercer la prostitución. En el club, nada más llegar, el acusado le explicó la deuda contraída, por lo que hasta que no pagase la misma no cobraría nada por el ejercicio de la prostitución.

También se valoraron las declaraciones de la testigo sobre el ofrecimiento de una persona llamada Iváñez en su país para que viniese a ejercer la prostitución a España y el acuerdo que éste tenía con el acusado para la captación de mujeres. El acusado, fue, según el mismo testimonio, quien envió el dinero para adelantar el viaje de la testigo y procurarle un pasaporte, la bolsa de viaje y el billete de avión.

El Tribunal se basó para deducir todo lo reseñado en el relato histórico en la declaración de la testigo, conversaciones telefónicas, declaración de los funcionarios policiales, documentación del billete de avión, traslado al club por el empleado y los informes policiales obrantes en los autos. Todo ello constituye *prueba legítima, bastante, plural y obtenida con respeto a los derechos fundamentales* que enerva la presunción de inocencia.

Por otro lado, nada importa que la víctima fuese única o que no se le hubiera compelido al ejercicio de la prostitución. La conducta típica del **artículo 318 bis** 1 del Código Penal se consuma con la ejecución de actividades de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal. Para la consumación del **artículo 318 bis** 1 CP , que ha sido el aplicado, es bastante la ejecución de aquellas conductas, sin ulterior finalidad de ejercicio de la prostitución como forma de explotación sexual. En este sentido se pronunciaron las SSTs 127/2008, de 26 de Febrero y 152/2008, de 8 de Abril , afirmando esta última que, aunque en el tipo se alude a personas en su concepción plural, no parece necesario que la actividad afecte a más de una persona para ser típica, lo que pese a la configuración colectiva del bien jurídico en este tipo base del art. **318 bis** 1º determina que, aunque sean varias las personas afectadas, estaríamos ante la existencia de *un solo delito* en cada tráfico ilegal, tesis que ya había sostenido la STS 284/2006, de 6 de Marzo . Poco importa que exista solo un testigo, sabido es que *los testimonios "se pesan, no se cuentan"* , por lo tanto si le ha merecido crédito y verosimilitud, que en el presente caso se refuerza por la corroboración de encontrarse trabajando en el local del recurrente, ninguna objeción puede ser efectuada.

La valoración que del testimonio efectuó la Sala *no es arbitraria sino razonada en extremo* . Para concluir debemos recordar que es reiterada la doctrina de la Sala que tiene declarado que en relación a las pruebas personales (acusado, víctima o testigos) se debe distinguir *un primer nivel* dependiente de

forma

inmediata de la percepción sensorial y por tanto conectado con la intermediación que tuvo el Tribunal de instancia

y de la que carece esta Sala, por lo que queda extramuros del control casacional, pero existe *un segundo nivel*

relativo a la valoración que efectuó el Tribunal de instancia y las razones por las que de las distintas versiones

ofrecidas por las personas concernidas, alzaprimó una como de superior credibilidad de las rechazadas. La argumentación del porqué de esa elección es ajena a la intermediación, y obviamente, queda *dentro* del control casacional que debe efectuar esta Sala, por tanto la estructura racional del discurso efectuado por el Tribunal

de instancia *sí* puede ser revisado -- SSTS 778/2007 ; 56/2009 ; 901/2009 ; 1104/2010 ó 541/2012 --. Desde esta doctrina concluimos con la razonabilidad de la decisión del Tribunal en relación a la credibilidad del testimonio de la mujer.

Retenemos los siguientes párrafos del f.jdco. quinto de la sentencia para justificar la absolución del recurrente

por el **delito** de determinación de la explotación, en el que se razona y matiza la credibilidad del testimonio a la vista de las diversas declaraciones efectuadas.

"....Partamos de un dato inconcuso: la testigo protegido tenía intención de ejercer la prostitución en España, lo

que de entrada hace desaparecer del panorama jurídico lo relativo al engaño y a la intimidación, así como lo de

la necesidad o vulnerabilidad de la víctima, que en términos coloquiales sabía a lo que venía a nuestra patria y a qué lugar concreto, por lo que de antemano era sabedora de que en ese club iba a ejercer la prostitución.

JURISPRUDENCIA

6

Y así lo hizo, ya que ha quedado acreditado a través de las declaraciones habidas en autos que la testigo se instaló en el club, vivía allí, concertó con Esteban lo del alojamiento y la comida, y se dedicó a lo que había venido: a ejercer la prostitución. Y a ejercerla libremente y sin sujeción alguna a horarios o condicionamientos,

tal y como lo manifestaron las personas que a la vista oral comparecieron, existiendo un dato objetivo que da

al traste con lo de obligación impuesta por Esteban a la testigo para que se mantuviera en el ejercicio de la prostitución, así como que estaba esclavizada por parte del mismo. Nos referimos al hecho indubitado de que al

mes escaso, mes o quince días, da lo mismo, la testigo se empareja con uno de los camareros del club, Teodosio

*, y se va a vivir con él a un piso en la localidad de Naval Moral de la Mata, abandonando su habitación en el local, algo impensable y que va **contra** toda lógica, ya que si la testigo estaba sujeta a esa esclavitud y a esa*

dependencia de horarios y de costumbres; si su libertad ambulatoria estaba constreñida porque no podía salir

del club; si su horario de trabajo estaba marcado de forma rigurosa, tanto que se imponían multas por Esteban

cuando se llegaba tarde o cuando se cometían otras infracciones; si esa situación era así, agobiante e impuesta

por Esteban a la testigo protegida, ¿cómo su empleador-explotador va a consentir que la testigo se marche del club y haga su vida fuera del mismo, lo que llevaría a perder el control sobre la misma y por ende la pérdida

de los ingresos que generaba la testigo cuando ejercía la prostitución?. Es incomprensible que un explotador

sexual como el acusado consienta que salga del área de su dominio la persona a la que obliga a mantenerse

en el ejercicio de la prostitución, al suponer ello la pérdida de dinero que esa persona generaba y que ya no es

controlable porque vive fuera del club.

Es la propia testigo la que nos dice que a pesar de vivir con Teodosio seguía yendo al club a trabajar, algo que

hace decaer sus anteriores manifestaciones en lo relativo a que sus salidas del local estaban y eran vigiladas por

Esteban , aseveración que no se mantiene ni se concilia con la independencia de la que empezó a gozar la

testigo

cuando se marchó a vivir fuera del club, algo que hacía imposible que el acusado Esteban la siguiera vigilando,

controlando, explotando e imponiéndola condiciones en su existencia diaria, algo de todo punto inviable al residir

la testigo fuera del local, hecho que imposibilitaba al acusado el imponer nada a la testigo protegido dada la separación física y la distancia que mediaba entre ellos....".

No existió ninguna de las violaciones que se denuncian. El recurrente fue condenado en virtud de prueba de cargo válida, suficiente, razonada y razonablemente valorada y por supuesto se está extramuros de toda arbitrariedad.

Procede la desestimación del motivo .

Cuarto.- El **tercer motivo** , por la vía de la *incongruencia omisiva* o fallo corto *vuelve* el recurrente a cuestionar

la credibilidad del testimonio que se concedió a la testigo protegida.

La incongruencia omisiva carente en el vicio de *no* dar respuesta a cuestiones jurídicas alegadas temporáneamente por el recurrente.

Es evidente que la cuestión de la credibilidad de un testigo es cuestión fáctica y no jurídica, por lo que queda extramuros del ámbito del motivo.

Por lo demás, el Tribunal justificó como ya se ha dicho, la credibilidad del testimonio de la testigo protegida.

Nos remitimos a lo dicho en el anterior motivo.

Procede la desestimación del motivo .

Quinto.- El **cuarto motivo** , denuncia la violación del **derecho** a la presunción de inocencia y la prescripción de la arbitrariedad lo que relaciona con el hecho de que la prueba de cargo sea exclusivamente la declaración

de la testigo protegida.

Se trata nuevamente de la misma cuestión que de manera reiterada el recurrente ha planteado prácticamente

en todos los motivos de su recurso, por lo que habiendo sido respondida suficientemente tal denuncia en la respuesta dada a los motivos primero y segundo, debemos tener por reproducidos los razonamientos que allí

se contienen para rechazar la vulneración que allí se proclama y todo ello para evitar innecesarias repeticiones.

Se insiste en que no hubo vulneración de la prohibición de arbitrariedad y que el recurrente fue condenado en

virtud de prueba obtenida legalmente, introducida en el Plenario de conformidad con las normas de legalidad

ordinaria exigibles, que fue suficiente desde las exigencias derivadas del **derecho** a la presunción de inocencia

y que fue razonada y razonablemente motivada.

Procede la desestimación del recurso .

Sexto.- De conformidad con el art. 901 LECriminal , procede la imposición al recurrente de las costas del recurso.

JURISPRUDENCIA

7

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de **Esteban** , **contra** la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección II, de fecha 14 de Marzo de 2011 , con imposición al recurrente de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección II, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Carlos Granados Perez Joaquin Gimenez Garcia Miguel Colmenero Menendez de Luarda

Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Joaquin Gimenez Garcia , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

JURISPRUDENCIA

1

Roj: **STS 4199/2012 - ECLI: ES:TS:2012:4199**

Id Cendoj: **28079120012012100476**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/05/2012**

Nº de Recurso: **1573/2011**

Nº de Resolución: **466/2012**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Mayo de dos mil doce.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL,**

contra Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, que absolvió a Elvira , Leoncio y Porfirio de un **delito contra los derechos** de los ciudadanos **extranjeros**, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia. Siendo parte recurrida Elvira , Leoncio , Porfirio , Modesta , y Tatiana , representados por los Procuradores Sres. Mozos Serna, Martínez Fernández, Pequeño Rodríguez, Álvarez Real

y Liceras Vallina respectivamente.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción de Piloña incoó Procedimiento Abreviado con el nº 21/10, **contra** Elvira , Leoncio

, Porfirio , Modesta y Tatiana , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Oviedo (Sec. Tercera)

que, con fecha treinta de mayo de dos mil once, dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados** :

<< Se declaran HECHOS PROBADOS que los acusados Leoncio , Porfirio y Elvira , son hermanos, mayores

de edad sin antecedentes penales, y naturales de Guatemala, Santa Cruz de Vera alta y Paz, teniendo Elvira la

nacionalidad española. En el entorno de su país de origen era sabido que habían auxiliado a otros nacionales

guatemaltecos en la gestión de su desplazamiento a España, adonde tenían interés en viajar para procurar mejorar sus expectativas de vida por la situación de pobreza en que se hallaban en Guatemala. Por tales razones

fueron contactados por las personas que se van a indicar, asesorándolas para que entraran en España y se procurasen un trabajo, sin que conste que recibieran por ello una contraprestación ni les financiaran los gastos

de traslado porque eran las interesadas las que se procuraban los billetes de avión y las disponibilidades que

debían acreditar ante las autoridades españolas. de esa manera resultó que:

A) En enero de 2010 Porfirio organizó la venida a España de su esposa y de dos ciudadanas guatemaltecas, Elisabeth y Julieta , asesorándoles para que dijeran que venían como turistas a visitar la Virgen de Covadonga,

acogiéndolas en su domicilio hasta que ellas encontraron trabajo como empleadas de hogar en Ribadesella.

B) Regina , guatemalteca, contactó con Elvira a través de un tío suyo (de Regina) que conocía a la familia de la

acusada, para que la asesorara en la obtención del pasaporte y billete de avión, trayendo Regina el equivalente

a unos dos mil euros que cambió ella en un banco remitiéndolo a Guatemala salvo una cantidad que conservó

para sus gastos en España. Aquél dinero lo había obtenido solicitando un préstamo en su país, y ya en España,

en diciembre de 2007, fue acompañada por Elvira al domicilio de unas personas conocidas de ésta para que trabajara como empleada de hogar, y como no se encontraba bien en dicha casa la propia señora de la misma

la ayudó a buscar otro trabajo.

C) Andrea , guatemalteca, contactó con Elvira , a la que conocía por ser de una zona próxima a la población donde residía, sabiendo de ella a través de otros vecinos, y le pidió ayuda para venir a España, gestionando la

JURISPRUDENCIA

2

obtención del pasaporte, billetes de avión y reserva hotelera, sin que para ello la acusada le cobrara nada ni le

pidiera dinero, así como tampoco le dijo que tenía que manifestar en la frontera para pasar. Una vez en España,

en diciembre de 2007 la trasladó al domicilio de la coacusada Modesta para trabajar como empleada de hogar.

D) Inmaculada , guatemalteca, contactó con Elvira a través de su prima Regina , asesorándola sobre la forma

de viajar a España, como turista y el dinero que debía traer, para lo cual pidió un préstamo. Una vez en España,

en septiembre de 2008 la trasladó al domicilio de Modesta para trabajar como empleada de hogar.

E) Remedios , guatemalteca, contactó con Leoncio a través de un tal Agustín, que era catequista en Guatemala,

diciéndole Leoncio que si era interrogada en la frontera manifestara que venía a ver a la Virgen de Covadonga.

Remedios sacó el billete de avión y una vez en España en octubre de 2008 le dio a Leoncio unos mil trescientos

treinta dólares, aproximadamente, para pagarle los gastos de alojamiento en esta localidad, en el domicilio de

Leoncio hasta que encontró trabajo cuidando a una persona mayor. El dinero para el viaje lo había obtenido de

un préstamo bancario.

F) La testigo protegida identificada como TP NUM000 , guatemalteca, contactó con Elvira a través de una amiga que le dijo que podía ayudarla a venir a España y encontrar trabajo. en principio la acusada le dijo que no

la podía ayudar, pero posteriormente le participó que sí, poniéndola en contacto con un hermano de Elvira , el

cual le informó de lo que tenía que hacer para venir a España, traer dinero, poca ropa y decir que iba a visitar a

la Virgen de Covadonga Una vez en España, en julio de 2009, aquel hermano de Elvira , respecto del que no se

celebra el juicio oral en la presente causa, la puso en contacto con Jesús María , industrial hotelero, en cuyo hotel trabajó hasta que lo tuvo que dejar porque no acreditaba tener regularizada su situación. Luego trabajó en

el domicilio de la coacusada Tatiana cuidando de sus hijos. A Elvira no le pagó nada.

G) La testigo protegida identificada como TP NUM001 contactó con Elvira a través de una prima que le informó

de que ésta podía ayudarla a venir a España y encontrar trabajo, poniéndola en contacto con el hermano de aquella, referido en el precedente apartado F), a través del cual, una vez que la testigo gestionó el pasaporte

y

el billete de avión, llegó a España en Julio de 2009.

H) La testigo protegida identificada como TP NUM002 , guatemalteca, contactó con Leoncio al que le pidió un préstamo para pagar una deuda que tenía con una empresa en Guatemala, pero decidió utilizar el dinero para viajar a España. La testigo hizo los trámites para el viaje y llegó en agosto de 2009, siendo recogida en el aeropuerto por un hermano de Leoncio que la trasladó al domicilio de éste, al cual le fue devolviendo, en plazos, el dinero del préstamo. A los tres días de estar en dicho domicilio, le consiguió trabajo en una lavandería

que regenta Tatiana .

I) Andrea y Inmaculada , una vez en España, fueron trasladadas al domicilio de la acusada Modesta , mayor de

edad sin antecedentes penales, para trabajar como empleadas de hogar percibiendo un sueldo de seiscientos

euros mensuales. Andrea trabajó desde finales de diciembre de 2007 hasta agosto de 2008, y Inmaculada desde agosto de 2008 durante unos ocho meses, haciéndolo las dos sin formalizar contrato de trabajo ni ser dadas de alta en la Seguridad Social, desarrollando unas jornadas por encima de las legalmente previstas y conociendo la acusada que carecían de permiso de trabajo y residencia. Modesta padece esquizofrenia

encontrándose en tratamiento médico por esa enfermedad. Ha consignado la totalidad de las cantidades que se le reclaman en concepto de responsabilidad civil.

J) La testigo protegida TP- NUM002 contactó con la acusada Tatiana para trabajar en una lavandería que ésta

regenta en la localidad de Sardeu -Ribadesella-, prestando servicios laborales desde agosto hasta noviembre

de 2009 pese a que Tatiana conocía que carecía de permiso de trabajo y residencia. Percibía un salario de ochocientos euros mensuales, sin haber formalizado contrato de trabajo ni ser dada de alta en la Seguridad social, desarrollando unas jornadas por encima de las legalmente previstas.

Asimismo, las testigos protegidas TP- NUM001 y TP- NUM000 también trabajaron para la acusada Tatiana , la primera durante 15 días de agosto de 2009, en horario de mañana, y la segunda en horario de tarde desde el

15 de julio al 15 de septiembre, en el domicilio de aquélla, cuidando de sus hijos, sin contrato de trabajo, ni alta

en la Seguridad Social, sabiendo también que estaban ilegalmente en España.

Al menos, la segunda testigo citada recibía unas retribuciones en dinero y comía en el lugar de trabajo, recibiendo

en todo momento un trato correcto, sin que conste que respecto de la primera testigo no hubiera actuado igual

la acusada>>.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<< **FALLO** .- QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS, libremente con todos los pronunciamientos favorables,

a Elvira , Leoncio y Porfirio , del **delito CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS**

EXTRANJEROS que

JURISPRUDENCIA

3

les era imputado, y a Modesta Y Tatiana del **delito CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES** del

que venían también acusadas>>.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley por el Ministerio Fiscal que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las

certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos por el Ministerio Fiscal.

Motivo único .- Al amparo del art. 849.1º de la LECriminal por infracción del art. **318 bis** 1. del Código Penal

.

4 .- La representación legal de la parte recurrida se instruyó del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal impugnando su único motivo; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de

Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día veintitrés de mayo de dos mil doce.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En un único y bien elaborado motivo el Ministerio Público muestra su disconformidad con la absolución de los tres acusados del **delito contra los derechos** de los ciudadanos **extranjeros** (art. **318 bis**

del Código Penal). En los demás pronunciamientos, la sentencia ha sido consentida. El recurso se atiende escrupulosamente al relato de hechos que la Audiencia dio como probados. Se trata de una discrepancia jurídica canalizada por el art. 849.1º -error iuris-, lo que representa la función más clásica y genuina del recurso

de casación: la nomofiláctica. A esa tarea de unificación de la interpretación en la aplicación de las leyes penales contribuye de forma muy relevante el Ministerio Público al traer a casación los pronunciamientos de las Audiencias que o se apartan de los criterios de interpretación asentados o consolidados por la jurisprudencia; o suscitan cuestiones, como en este caso, que no estando delimitadas con absoluta claridad en la doctrina jurisprudencial, se han resuelto con criterios con los que el Fiscal mantiene una legítima discrepancia. En materias discutidas y de contornos difusos, como es el acotamiento de las conductas descritas de forma excesivamente abierta en el art. **318 bis** del Código Penal , resulta especialmente feliz esa

iniciativa que abre la puerta del art. 849.1º para contrastar la argumentación y decisión de la Sala de instancia,

con los siempre solventes criterios del Ministerio Público que, también de esa manera, coadyuva a esa labor, tan necesaria para la seguridad jurídica consistente en promover una aplicación homogénea en la medida de lo posible de las leyes penales.

SEGUNDO.- Para centrar el objeto de este recurso y siguiendo, por otra parte, el adecuado método sugerido en el escrito de formalización, conviene en un primer momento relatar los hechos, aunque sea sintéticamente,

tratando de expulsar las circunstancias secundarias o accesorias que carecen de relieve jurídico-penal a los efectos aquí discutidos.

Son tres las personas acusadas cuya condena postula en casación la Acusación Pública. Los tres son hermanos, residen en España y proceden de Guatemala, aunque, Elvira goza de la nacionalidad española. Los

hechos probados comienzan con una genérica presentación de su actividad: en su país de origen era conocida

la disposición de los tres para auxiliar a otros compatriotas que decidiesen emigrar a España buscando mejores condiciones de vida. Se excluye tanto cualquier ánimo de lucro como que ese auxilio se extendiese a proporcionar financiación o medios económicos.

A continuación se detallan los actos concretos que soportan la acusación distinguiendo a cada uno de los tres acusados:

- Porfirio gestionó la venida a España de su esposa y otras dos guatemaltecas. La sentencia dice que "organiza" esa venida. Esa genérica referencia se concreta, de un lado, en el asesoramiento para que arguyesen

que venían en calidad de turistas y que querían visitar a la Virgen de Covadonga; y, de otro, en acogerlas en su domicilio hasta que encontrasen un trabajo.

- Elvira asesoró a Regina sobre la forma de obtener pasaporte y billete de avión para desplazarse a España. El contacto se produjo por iniciativa de Regina que se valió para ello de un familiar que conocía a aquella. Al llegar a España, Elvira le acompañó al domicilio de unas personas con las que comenzó a trabajar unos días como empleada del hogar. Una actuación en todo paralela -contacto facilitado por conocimientos comunes previos; auxilio para gestionar la obtención del billete de avión, pasaportes y reserva hotelera e indicación de la

vivienda familiar donde se instaló trabajando en el servicio doméstico- desarrolló Elvira respecto de Andrea

JURISPRUDENCIA

4

y, con alguna variación respecto de Inmaculada, que provenían también de Guatemala. Respecto de otras dos

inmigrantes que establecieron contacto con ella, la acusada se limitó a remitirlas a otro hermano, no enjuiciado.

- A Leoncio acudió en petición de ayuda Remedios por indicación de un conocido común. Leoncio le aconsejó que si en la frontera le preguntaban por los motivos de su viaje se refiriese al Santuario de la Virgen

de Covadonga. Leoncio alojó a Remedios a su llegada a España en su propio domicilio, en tanto encontraba un trabajo. En compensación por el hospedaje recibió unos mil trescientos euros. Leoncio prestó alojamiento en su domicilio durante tres días a otra guatemalteca que viajó a España con ánimo de establecerse aquí, pese

a carecer de la correspondiente autorización. La Audiencia no ha considerado probado que el préstamo que previamente le hizo Leoncio tuviese inicialmente como finalidad conocida por éste el abono del viaje.

TERCERO.- Quedan así acotados y despojados de adherencias fácticas, que o carecen de relieve o no son decisivas, los hechos respecto de los cuales hay que plantearse si son subsumibles en el art. **318 bis** y, si, por tanto, merecen el reproche penal que incorpora tal precepto. En lo nuclear consisten en un asesoramiento

previo sobre la forma de sortear problemas que pudiesen surgir en los controles aduaneros; y en la acogida al llegar a España facilitándoles un contacto para comenzar a trabajar y, eventualmente, alojamiento hasta obtener una actividad laboral remunerada.

La sentencia que se combate en casación niega relevancia penal a esos hechos con varios tipos de argumentos: a) Los acusados ni provocaron la decisión de emigrar en esas ciudadanas guatemaltecas; ni tomaron iniciativa alguna para contactar con ellas; b) Su colaboración carecía del carácter "esencial" que reclama la reacción penal. A esos fines sería relevante la financiación, por ejemplo; pero no proporcionar una

información que podrían haber obtenido fácilmente; c) Ni en la forma de desplazarse -avión- ni en el tratamiento

recibido se detecta el más mínimo atisbo de menosprecio por la dignidad de las ciudadanas; y el tipo penal reclamaría una lesión no solo del interés estatal general en el control de los flujos migratorios sino también cierta afectación, aunque sea muy indirecta, de bienes jurídicos más individuales.

CUARTO.- El Fiscal, con lujo de citas jurisprudenciales, va desbrozando cada uno de los elementos que caracterizan este **delito**. No existe duda de que estamos ante un caso de "inmigración clandestina". Merece ese calificativo la entrada como "turista" encubriendo la finalidad real de establecimiento en el país (SSTS 1059/2005, de 28 de septiembre , 284/2006, de 6 de marzo ó 308/2010, de 18 de marzo). Recalca el carácter

abierto con que se describe la conducta típica -"favorecimiento", "facilitación", "promoción"- y los adverbios "directa o indirectamente"- que la amplían aún más aclarando que no es necesario un contacto personal directo

(STS 1059/2005, de 28 de septiembre ó 913/2009, de 23 de marzo). Saliendo al paso de uno de los argumentos

de la sentencia, explica que la inmigración clandestina comporta normalmente en el protagonista una cierta situación de vulnerabilidad derivada de la estancia ilegal de la que podría abusarse. No puede negarse que, al menos por vía de principio (otra cosa será su plasmación concreta en cada supuesto), eso representa un cierto peligro para **derechos** individuales que hay que valorar también además del puro control del Estado sobre los flujos migratorios. Recuerda el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 13 de julio de 2005, que declaró que "facilitar un billete de ida y vuelta a **extranjeros** que carecen de permiso de trabajo y residencia en España, para poder entrar en España como turistas cuando no lo eran y ponerlos a trabajar, constituye un **delito** de inmigración clandestina". Por fin, concluye que más allá de la relevancia que hayan tenido las actividades de auxilio, no puede negarse que los ahora recurridos han facilitado la llegada clandestina de compatriotas guatemaltecos a España mediante consejos, organización de viajes, alojamiento

a la llegada o traslado a los lugares de trabajo. La fungibilidad de esa ayuda (hubiera podido ser prestado por

otros) no diluye la tipicidad de la conducta.

QUINTO.- Aunque el recurso no va a ser estimado, hay que dar la razón al Fiscal en algunas de las razones que

esgrime para discrepar de los argumentos blandidos por la sentencia de instancia para llegar a la absolución.

Se entiende globalmente la motivación que lleva al Tribunal *a quo* a rechazar la relevancia penal de los hechos,

decisión que se comparte, pero algunas de las afirmaciones que se vierten no pueden ser generalizadas; ni por sí solas tendrían capacidad para llegar a esa conclusión.

Que en la decisión de emigrar esté ausente toda presión o influjo de terceros no comporta sin más la atipicidad

de la conducta como podría sugerir una lectura no detenida del primero de los fundamentos de **derecho** de la sentencia. No habrá en esos casos "promoción" que es la primera de las conductas típicas; pero puede concurrir "favorecimiento" o "facilitación". Que se constate una decisión autónoma y libre (en el sentido de no influida por los acusados, lo que no significa ausencia de condicionantes sociológicos derivados de la pobreza

del país de origen) por parte del emigrante es compatible con una condena por el **delito** del art. **318 bis**.

Igual cabe decir de la fácil "sustitutibilidad" de la ayuda prestada; o accesibilidad de la información suministrada. Si con ello, como sugiere el contexto, la Audiencia quiere poner de relieve que la aportación no tenía rango suficiente como para ser incardinada en el art. **318 bis**, es admisible el razonamiento. Si, sin

JURISPRUDENCIA

5

embargo, se trata de establecer una premisa general a tenor de la cual solo la que pudiéramos catalogar como "cooperación necesaria" (por utilizar un concepto penal) sería una facilitación o favorecimiento en el sentido del art. **318 bis**; o que la demostración de que la negativa a ese auxilio concreto no hubiese frustrado

el propósito migratorio por ser fácil buscar colaboraciones alternativas, y de ahí habría que excluir la tipicidad,

el argumento ha de ser rechazado. Ayudar a la inmigración clandestina con medios, aportaciones, promesas de ayuda, u otro tipo de conductas que se hubiesen podido lograr con facilidad por otras vías es acción incardinable en principio en el art. **318 bis**.

SEXTO.- Pese a ello, como ya se ha anunciado, se va a rechazar el recurso del Ministerio Fiscal. La razón de

fondo enlaza con las esbozadas en la sentencia de instancia aunque con las aclaraciones que se han indicado

y con necesidad de nuevas consideraciones.

La desmesurada amplitud de los verbos utilizados por el legislador en el art. **318 bis**, que inmediatamente evoca las previsiones del art. 368 por la similitud terminológica, puede erosionar el principio de taxatividad. Es

un lugar común en los análisis de tal precepto expresarlo así de una u otra forma, observación que va seguida

de la necesidad de una interpretación restrictiva para la que no es suficiente el criterio puramente gramatical.

Si la acepción de la palabra "facilitar" podría aportar algo en esa línea, cualquier factor de corrección se estrella

frente a la omnicomprensividad que caracteriza al verbo "favorecer": cualquier promesa de apoyo, cualquier ayuda sea cual sea su naturaleza, cualquier favor encaminados a esa finalidad (en este caso la inmigración clandestina) suponen su favorecimiento.

Dos criterios de orden más general pueden "favorecer" esa tarea que se antoja irrenunciable de reconducir la

exagerada extensión del tipo a espacios más razonables. De un lado, se cuenta con la interpretación teleológica

que conduce a la ponderación del bien jurídico protegido. De otro ayuda también en esa labor, aunque con unos límites no franqueables en el ejercicio de la función jurisdiccional, el principio de proporcionalidad.

El juicio sobre la proporcionalidad de las penas compete al legislador en una primera instancia (SS TC 55/1996 , 88/1996, de 23 de mayo y 161/1997, de 30 de octubre). A su valoración han de atenderse en el ejercicio

de sus funciones jurisdiccionales los jueces y tribunales. En el discernimiento de qué penas son las adecuadas

para cada conducta ilícita goza el legislativo, respaldado por la legitimidad democrática, de un margen de discrecionalidad que debe ser respetado. Esa libertad no es constitucionalmente absoluta. La Constitución impone unos mínimos estándares de proporcionalidad que enlazan con los **derechos** proclamados en su art. 25.1. Desde ese enfoque la ley penal puede llegar a ser fiscalizada por el Tribunal Constitucional: tanto si es de manera patente innecesaria una reacción de tipo penal; como si se estima excesiva la intensidad de la pena en relación con la entidad del **delito**. En este segundo nivel nos moveríamos en lo que se ha denominado desproporción en sentido estricto (STC 136/1999, de 20 de julio). En todo caso también el Tribunal Constitucional también ha de partir del respeto á la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. Esas cautelas le confinan a una posición en la que tan solo cabe verificar que la norma penal no produce "un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de **Derecho**" (STC 55/1996 ,

fundamento jurídico 8º). La evaluación de la conveniencia, calidad o perfectibilidad de la norma corresponde al legislador. "... sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en

la propia actividad legislativa" (STC 161/1997, de 30 de octubre).

Se mueve en linderos todavía más angostos la capacidad de los órganos de la jurisdicción ordinaria de valorar

una norma penal desde esa perspectiva de proporcionalidad. Pero en todo caso han de tenerla presente.

De

un lado, para, dentro de los márgenes legales, individualizar la pena en cada caso atendiendo a los criterios del

Código que hacen referencia a esos cánones de proporcionalidad. De otra parte, en los casos excepcionales en que constaten ese "derroche inútil" de coacción que podría acarrear la inconstitucionalidad de la norma, planteando la cuestión de constitucionalidad. Por fin, y esa prescripción representa un indudable eco legal del

principio de proporcionalidad, han de elevar una memoria al Gobierno exponiendo lo conveniente cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que a su juicio no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo (art. 4.3 CP).

Ahora bien, antes de acudir a esa opción el juez ha de interpretar la norma penal que debe aplicar; ha de evaluar todas sus posibilidades, y ponderar, en su caso, los mecanismos de moderación penológica que el propio legislador pone a su disposición. Hay tipos penales con fronteras y descripciones claras, concretas y precisas que ponen de manifiesto de manera inequívoca la voluntad de la ley de anudar una sanción penal

JURISPRUDENCIA

6

a conductas determinadas. Pero también son frecuentes, quizás demasiado frecuentes, tipos penales con contornos poco definidos o que descansan sobre conceptos ("gravedad", v.gr.) extremadamente valorativos

que no son los más adecuados para dotar de la deseable vigencia al principio de taxatividad. El legítimo afán del legislador penal de no dejar resquicios en la tipificación le ha impulsado al empleo de fórmulas tan abiertas que erosionan esa taxatividad y reclaman una interpretación correctora. Pues bien al perfilar el alcance de las expresiones legales uno de los principios inspiradores ha de ser el de proporcionalidad. De forma análoga a como se habla del principio de interpretación conforme a la Constitución (art. 5.3 LOPJ) en virtud del cual antes de plantear una cuestión de constitucionalidad hay que apurar todas las posibilidades de interpretación de la norma ajustada a parámetros constitucionales; podría hablarse en materia penal de un principio de interpretación conforme a parámetros de proporcionalidad de forma que antes de acudir al expediente excepcional del art. 4.3 CP , y usando los criterios tradicionales, sin caer en interpretaciones manipuladoras, en abiertas contradicciones con el texto legal o en un activismo judicial poco compatible con el

papel que nuestra Constitución reserva al Poder Judicial, se apuren o agoten las posibilidades de acomodación

de la definición legal a la racionalidad impuesta por el principio de proporcionalidad.

Esa idea ha de inspirar el acercamiento a tipos tan abiertos como el que figura en el art. **318 bis** del Código Penal . En este punto se puede engarzar con una interpretación teleológica que atienda al bien jurídico protegido por el legislador. Cuando una conducta pese a encajar aparentemente en una comparación

superficial en la descripción típica no comporte ni afectación actual ni peligro de afectación del bien que la ley

quiere tutelar y quepa una lectura de la norma que deje fuera de su radio de acción a tal conducta, esa será la

jurídicamente correcta. También la proporcionalidad en sentido estricto (comparación de la cantidad de pena con la incidencia de la conducta en el bien tutelado) ha de ser sopesada en este nivel. La pena señalada para

el tipo básico se mueve entre cuatro y ocho años de prisión. Es justo recordar que el párrafo final incluye una cláusula de atenuación facultativa que permite descender hasta una pena comprendida entre dos años y tres años once meses y veintinueve días.

Con toda razón la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los **extranjeros** en España, invocaba exigencias derivadas de la taxatividad, para alentar a exégesis

del art. **318 bis** que no resultasen contrarias a los principios de proporcionalidad y de fragmentariedad: la interpretación de los elementos del tipo objetivo no puede llevar a incluir conductas inocuas o irrelevantes en relación con el fin de protección pretendido por la norma. El bien tutelado (interpretación teleológica); la comparación entre la intensidad de la antijuricidad de la conducta con la respuesta penal asignada (proporcionalidad) y la contemplación de otras ramas del ordenamiento que contemplan sanciones de otra naturaleza (fragmentariedad) son tres herramientas de enorme utilidad a los efectos aquí señalados.

SÉPTIMO.- El art. **318 bis** se encuadra en un Título -el XV **bis** añadido mediante la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre **derechos** y libertades de los **extranjeros** en España y su integración social- que lleva por rúbrica **Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros**. Más aún: es el único precepto de ese Título.

La etiquetación de los epígrafes o capítulos o títulos de un cuerpo legal no supone un criterio interpretativo absoluto, pero no es tampoco un dato neutro o desechable. Por eso aunque es indudable y a nadie escapa que

en el art. **318 bis** se está protegiendo también el control del Estado sobre los flujos migratorios, su ubicación sistemática no consiente prescindir de forma absoluta de la consideración de ese otro bien jurídico legalmente

destacado que son los **derechos** de los ciudadanos **extranjeros**. Es un **delito** pluriofensivo: ataca al menos a esos dos bienes jurídicos. Aunque según los casos está más presente o resulta más lesionado uno que otro, no será lícito prescindir, so pena de traicionar su sentido último, de alguna clase de lesión o, al menos, riesgo relevante, para ese bien protegido como consecuencia del acto de favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina. Aunque el peligro se perciba como muy remoto, o sea asumido, como sucede con frecuencia, por el propio **extranjero**. Se castigan acciones que por su propia configuración,

aparezcan dotadas de una mínima posibilidad de afectar negativamente al bien jurídico (STS 479/2006, de 28 de abril). Por virtud de argumentos semejantes (ausencia de principio de lesividad) la jurisprudencia ha considerado fuera del radio de acción del art. 368 la transmisión de sustancias estupefacientes que no alcanzan el nivel mínimo de psicoactividad para afectar a la salud.

La mención a la *víctima* del **delito** por dos veces que se hace en el párrafo segundo de la norma refuerza ese

entendimiento. Se está presuponiendo que siempre existe al menos una víctima. No puede hablarse en rigor de *víctima* en conductas que solo afectan al interés estatal por reforzar la efectividad de las prohibiciones de entrada establecidas en la Legislación de extranjería. Es un interés legítimo que además presenta

connotaciones supranacionales por cuanto supone dar cumplimiento a compromisos de ese carácter. Pero el **delito** ha de encerrar otro componente de afectación a los **derechos** de los **extranjeros**, aunque se trate exclusivamente del peligro de situarse en una posición de vulnerabilidad derivada de la ausencia de un estatus

acorde con la legalidad,, en la línea que apunta en su escrito de recurso el Ministerio Público. Cuando esté

JURISPRUDENCIA

7

ausente totalmente esa otra dimensión protectora del art. **318 bis** hay base para cuestionar la adecuación típica.

OCTAVO.- Precedentes jurisprudenciales discurren por esa senda exegética. Muy reciente es la STS 212/2012,

de 9 de marzo que maneja, además del citado, un criterio de interpretación sistemática: la coherencia con la legislación administrativa de extranjería. Una concepción muy amplia del **delito** del art. **318 bis** vaciaría de contenido buena parte de las conductas sancionadas en los arts. y siguientes de la Ley Orgánica de **Derechos** y Libertades de los **Extranjeros** en España . Su art. 54.1 b prevé una sanción administrativa para los

actos consistentes en "inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando

parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya **delito**". La combinación de ambos

preceptos obliga a respetar un espacio para cada uno de ellos. Es obvio que por expresa disposición legal y por

elementales reglas hermeneúticas, si los hechos son constitutivos de **delito** habrá de estar a la norma penal. Pero también lo es que para respetar el ámbito propio de la norma administrativa y la congruencia del conjunto

del ordenamiento habrá que realizar una interpretación del tipo penal que permita también la operatividad de la normativa administrativa para los supuestos que no encajen allí.

" Si no resulta aceptable con valores constitucionales de un Estado de **Derecho** social y Democrático diluir las

fronteras entre la sanción administrativa y la penal, -argumentaba la sentencia citada- menos aceptable resultará

interpretar un precepto penal de suerte que incluya en el mismo supuestos que ni siquiera merecen la sanción

administrativa"

Cuando el comportamiento que aparentemente pudiera encajar en el art. **318 bis** del Código Penal sólo atenta

contra la regulación controlada de los flujos migratorios y no se detecta el más mínimo atisbo de lesión, presente o eventual, de los **derechos** del ciudadano **extranjero**, falta la *ratio* de la sanción penal y ha de buscarse

en el **derecho** administrativo sancionador el instrumento adecuado adecuada para dar una respuesta a esa conducta ilícita en todo caso.

Otros precedentes han insistido en la necesidad de atemperar la referencia a la tutela del interés del Estado por salvaguarda la incolumidad de sus fronteras con la exigencia de una eventual afectación de los

derechos

del ciudadano **extranjero**. La STS 1378/2011, de 14 de diciembre razonaba así: " El desarrollo del motivo hace

necesario recordar que como hemos dicho en STS 378/2011 de 17-5 , con cita de las sentencias 1238/2009, de

11-12 , 1087/2006, de 10-11 , y 1465/2005, de 22-5 , el bien jurídico protegido en el art. **318 bis** 1, "no lo constituye

sin más los flujos migratorios, atrayendo al **Derecho** interno las previsiones normativas europeas sobre tales extremos, sino que ha de irse más allá en tal interpretación -que supondría elevar a la categoría de ilícito penal la

simple infracción de normas administrativas, sino especialmente dirigido al cuidado y respeto de los

derechos de

los **extranjeros** y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando a través de tal **delito** de peligro abstracto que

sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral. En definitiva,

el bien jurídico reconocido debe ser interpretado más allá de todo ello, para ofrecer protección al emigrante en

situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas, por lo que resulta indiferente la finalidad de ocupación laboral - cuya expresa protección se logra al amparo del **artículo 313.1 del CP** - y explica así el grave incremento punitivo del **artículo 318 bis** frente al 313.1 del CP ". Y más adelante: "...para que el tráfico sea delictivo debe existir un plus de antijuricidad, que, en todo caso, la conducta cree un peligro abstracto relevante y grave para que los **derechos** de los ciudadanos **extranjeros** y de su dignidad como seres humanos, a causa de esa acción de promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina, evitando a través del **delito** de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral. Así hemos dicho en STS 147/2005 y 569/2006 de 19-5 que ha de tratarse de una acción que, desde una observación objetiva y en relación a su propia configuración, aparezca dotada de una mínima posibilidad de afectar negativamente al bien jurídico, de manera que- precisa la STS 1087/2006 de 10-11 - el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, sólo encuentra protección penal si los **derechos** de los ciudadanos **extranjeros** se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de convicción altamente probable o como dice la STS 635/2007 de 2-7 , en su art. **318 bis 1** "se castiga la promoción y el favorecimiento de tráfico ilegal de personas o su inmigración clandestina, sancionando conductas que, de ordinario, van más allá de la simple infracción de las normas administrativas reguladoras de la estancia de **extranjeros** en nuestro país, **proyectando su eficacia lesiva sobre la propia dignidad de quien, condicionado por su situación de ilegalidad, es expuesto a un más fácil menoscabo de sus derechos fundamentales** (STS 1465/2005, de 22-11 , y 1304/2005, de 19-10)".

NOVENO.- Algunas orientaciones de cara a la exégesis de la norma pueden venir también de la mano del examen de los textos internacionales que han ejercido un reconocido influjo en la decisión del legislador al incorporar al ordenamiento punitivo estas conductas. La Ley Orgánica 5/2010 ha representado un paso

JURISPRUDENCIA

8

importante para armonizar con ese contexto internacional en el que está consolidada dotando de autonomía a los **delitos** de trata de seres humanos (art. 177 **bis**). Trata de personas e inmigración ilegal son entidades criminológicas diversas aunque participen de un sustrato común representado por el desplazamiento territorial de personas.

La Resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000 de la Asamblea General de Naciones Unidas diferenció ambos fenómenos destinando un Protocolo a cada uno de ellos: son los conocidos como Protocolos de Palermo. Uno va destinado a la prevención, represión y sanción de la trata de personas. El otro quiere combatir

el tráfico ilícito de migrantes "por tierra, mar y aire". En este segundo campo se propugna la sanción penal de

determinadas conductas (tráfico ilícito de migrantes, conductas falsarias instrumentales...) pero siempre que se cometan con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material (art. 6 del Protocolo). Es irrelevante la voluntad libre del inmigrante. También lo es que el autor carezca

de toda voluntad de explotación o aprovechamiento de esa entrada o estancia ilegal. Pero sí es necesario un móvil lucrativo. Se quiere proteger la capacidad de control del Estado sobre sus fronteras; pero también se está contemplando el peligro de lesión de los **derechos** de los migrantes no sólo por las condiciones en que muchas veces se produce el paso de fronteras -con riesgo para la vida e integridad-, o por el tratamiento

indigno, equiparado a una mercancía, a que puede verse sometido el migrante, sino también por el riesgo de que ya en el país de destino caiga en la marginación social o en la explotación o abuso de terceros. Eso los convierte en víctimas del **delito**, aunque el desplazamiento se efectúe con su voluntad. Reténgase en todo caso que para en el **Derecho** Penal promovido desde esa instancia internacional, el móvil lucrativo juega un

papel decisivo.

Tampoco ese elemento es ajeno al **derecho** de la Unión Europea. El Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes establecía en su art. 27.1 el compromiso de las partes contratantes para establecer sanciones adecuadas **contra** cualquier persona que con fines lucrativos, ayude o intente ayudar a un **extranjero** a entrar o permanecer en el territorio de una Parte contratante quebrantando su legislación.

Se recoge así una orientación que no siendo concluyente de ninguna forma pues el ánimo de lucro es en el art. **318 bis** un elemento agravatorio, y no una exigencia del tipo básico, puede también arrojar alguna luz para examinar cada caso concreto.

DÉCIMO.- Las consideraciones vertidas hasta ahora ponen de manifiesto que es obligado ponderar los elementos en juego en los supuestos "fronterizos" en que se hace difícil identificar *in casu* una idoneidad del comportamiento para poner en riesgo el bien jurídico "**derechos** de los **trabajadores**", mitigando de esa forma

el formalismo que preside la redacción del art. **318 bis** 1º.

Retomando el supuesto concreto nos enfrentamos a la actividad de tres personas en la que, en primer lugar, no

se aprecia un móvil egoísta. No es que el tipo exija ánimo de lucro (a diferencia de lo que sucede con algunas

faltas administrativas). El propósito de enriquecimiento personal se contempla como subtipo agravado en el párrafo segundo del art. **318 bis**. Pero en cualquier caso es circunstancia que, sin ser en absoluto definitiva, puede ponderarse para fijar las fronteras del art. **318 bis** en sintonía con algunos textos internacionales. Los acusados actuaban, según se desprende de los hechos probados, que se cuidan de excluir esos móviles lucrativos, por el afán de ayudar o apoyar (hacer un favor, "favorecer") no indiscriminadamente a cualquier inmigrante sino a aquellos con los que mantenían algún lazo por ser compatriotas o por relaciones entabladas

a través de conocidos comunes.

Los acusados no procedían por su cuenta a la recluta de inmigrantes. Se limitaban a prestar la ayuda requerida

a aquellas personas que, ya decididas a instalarse en España, introduciéndose clandestinamente, contactaban

con alguno de ellos. No provocan la decisión de inmigración.

La ayuda prestada antes del desplazamiento tiene escasa significación. No es un aporte de relevancia o trascendencia. No puede extenderse el radio de la tipicidad hasta acoger en ella casos de mera información sobre una ruta, o ciudades, o forma de establecerse u otros datos que pueden ayudar al inmigrante pero que

sería desproporcionado sancionar con las penas que dispensa el art. **318 bis**. Ha de tratarse de actos de favorecimiento o facilitación de cierta intensidad o significación que aquí no se aprecian.

La colaboración una vez que se ha producido la llegada a territorio español y que en algún caso se llega a concretar en la prestación de alojamiento, acogida y ayuda a encontrar una actividad laboral remunerada, se presenta en este caso como fruto no de una actividad organizada indiscriminada al servicio de la inmigración ilegal, sino como plasmación de la voluntad de no rechazar a quien les ha pedido colaboración en su decisión

de establecerse en otro país buscando mejores condiciones de vida.

JURISPRUDENCIA

9

Si este conjunto de circunstancias se enmarcan en un contexto en que no se detecta ese peligro de afectación

de **derechos** individuales del ciudadano **extranjero**, puede concluirse que, rectamente entendido, el art. **318**

bis no alcanza a supuestos como el que aquí se enjuiciaba. La decisión absolutoria de la Sala de instancia es

correcta y ha de ser refrendada.

El recurso, por lo expuesto, debe ser desestimado.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL**, **contra** Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, que absolvió a Elvira, Leoncio y Porfirio de un **delito contra** los **derechos** de los ciudadanos **extranjeros**, con declaración de las costas de oficio.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la

causa

que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquin Gimenez Garcia Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Antonio

del Moral Garcia , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

BIBLIOGRAFÍA

- **ALONSO SECO, J. M^a**. Protección social e inmigración: Comunidades Autónomas e Inmigración. Foro de Seguridad Social, 2 y 3. 2001.
- **ALVÁREZ CORTÉS, J. C.** La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario. Tesis Doctoral. 2000.
- **BALLESTER PASTOR, M^a A Y BLASCO PELLICER, A.** Aspectos socio-laborales de la nueva Ley de la nueva Ley de Extranjería. Revista Justicia Laboral nº 2. 2000.
- **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.** Varios Autores. La protección de derechos fundamentales en el orden social. 2003.
- **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.** Varios Autores. La situación de los extranjeros en relación con el orden social. 2004.
- **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.** Varios Autores. Derechos laborales y de Seguridad Social de los inmigrantes. 2005.
- **ESCUDERO RODRIGUEZ, R.** La protección social de los inmigrantes extracomunitarios en la LO 4/2000 y en su ley reformadora. Mes a Mes nº 61. 2001.
- **ESCUDERO RODRIGUEZ, R.** Sobre la inconstitucionalidad de la regulación de la libertad de sindicación y de huelga de los extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000. Revista de Derecho Social nº 13. 2001.
- **MASSÓ GARROTE, M. F.** La nueva regulación del derecho de extranjería en la LO 8/2000, de 22 de Diciembre de reforma de la LO 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Actualidad Administrativa nº 11. 2001.
- **RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.** Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante. Revista Laboral nº 8. 2001.
- **RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.** La Seguridad Social y los inmigrantes extracomunitarios. Revista Laboral nº 13. 2001.
- **RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.** Legislación de extranjería y política de inmigración. Revista Laboral nº 20. 2000.
- **SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coordinadora).** Aspectos Jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea. Ediciones Laborum.2009.
- **TRINIDAD GARCIA, M^a L.** El trabajo por cuenta propia de los extranjeros en España: recorrido por un camino que se estrecha. La Ley. 2000.
- **VARONA MARTINEZ, G.** La Inmigración irregular. Derechos y Deberes. E. Humanos. 1994.

